



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS  
SOCIALES Y JURÍDICAS**

**TESIS DOCTORAL**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VIGILANCIA FRONTERIZA DE LA  
UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS.  
ESTUDIO PARTICULAR DE LA GUARDIA EUROPEA DE  
FRONTERAS Y COSTAS**

LEGAL REGIME OF BORDER SURVEILLANCE IN THE EU  
BORDERS ON MIGRATORY FLOWS. SPECIFIC STUDY ON THE  
EUROPEAN BORDER AND COAST GUARD AGENCY

**Presentada por**

Teresa Acosta Penco

**Dirigida por**

Manuel Izquierdo Carrasco

Antonio Bueno Armijo

Córdoba, 1 de septiembre de 2020

Facultad de Derecho, CCEE y Empresariales de la Universidad de Córdoba

TITULO: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VIGILANCIA FRONTERIZA DE LA  
UNION EUROPEA SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS. ESTUDIO  
PARTICULAR DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y  
COSTAS

AUTOR: *Teresa Acosta Penco*

---

© Edita: UCOPress. 2020  
Campus de Rabanales  
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A  
14071 Córdoba

<https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/>  
[ucopress@uco.es](mailto:ucopress@uco.es)

---



UNIVERSITÀ DI PISA

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE  
GIURIDICHE**

**TESI DI DOTTORATO**

**LA VIGILANZA SULLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE  
EUROPEA A FRONTE DEI  
FLUSSI MIGRATORI. VERSO UNA GESTIONE INTEGRATA DA  
PARTE DI AUTORITÀ  
NAZIONALI E GUARDIA DI FRONTIERA E COSTIERA  
EUROPEA**

**BORDER SURVEILLANCE OF THE EU EXTERNAL BORDERS ON  
MIGRATORY FLOWS. TOWARDS AN INTEGRATED  
MANAGEMENT FROM EU MEMBER STATES AND EUROPEAN  
BORDER COAST GUARD**

**Dottorando**

Teresa Acosta Penco

**Supervisore**

Simone Marinai

Córdoba, 1 de septiembre de 2020

Dipartimento di Giurisprudenza dell' Università di Pisa



**TÍTULO DE LA TESIS: Régimen jurídico de la vigilancia fronteriza de la Unión Europea sobre los flujos migratorios. Estudio particular de la Guardia Europea de Fronteras y Costas**

**DOCTORANDA: Teresa Acosta Penco**

***INFORME RAZONADO DE LOS DIRECTORES DE LA TESIS***

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

El desarrollo de la tesis de Dña. Teresa Acosta Penco se ha ajustado exactamente al plan de trabajo originariamente previsto, tal y como se ha constatado en las revisiones periódicas realizadas en el marco de los mecanismos de seguimiento del Programa de Doctorado en el que se inserta. La investigación no ha experimentado ningún desvío del plan original, sin perjuicio de la mayor concreción de los temas inicialmente seleccionados, como es habitual en las tesis de naturaleza jurídica. En consecuencia, no ha sido necesario adoptar ninguna medida correctora.

Se han examinado cuidadosamente todas las cuestiones apuntadas en el plan de trabajo, haciendo una revisión exhaustiva de la bibliografía especializada, la jurisprudencia y la normativa, tanto españolas como de la Unión Europea. A ello se ha añadido una aproximación selectiva al ordenamiento jurídico italiano en relación con aquellas cuestiones de especial interés para la investigación. A tal efecto, se han realizado dos estancias de investigación de tres meses cada una, en la Universidad de Pisa, dentro del Departamento de Derecho Internacional, bajo la dirección del Prof Simone Marinai.

Junto con ello, ha realizado las actividades que le han sido indicadas en el marco de su plan de formación, completando todas sus actividades obligatorias.

Como resultado de su investigación, la doctoranda ha alcanzado unas conclusiones que se estiman sólidas, bien fundamentadas, originales y relevantes para avanzar en el estado actual de la doctrina jurídica. Como prueba de ello, debe indicarse que buena parte de tales conclusiones han sido publicadas en un notable número de

trabajos en revistas nacionales e internacionales, así como en obras colectivas, y ha presentado diversas comunicaciones y ponencias en congresos científicos.

Además de otras publicaciones relacionadas con su formación investigadora, la doctoranda ha publicado los siguientes trabajos derivados de la tesis:

Publicaciones en Revista:

1. Teresa ACOSTA PENCO, “Vigilancia fronteriza extraterritorial y derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, 2020, pp.135-151.
2. Teresa ACOSTA PENCO, “Fronteras más allá de las fronteras. Inspecciones fronterizas extraterritoriales, controles yuxtapuestos, *preclearance* y suspensión de la protección internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, n.º 275, 2019, pp. 361-387.
3. Teresa ACOSTA PENCO, “El restablecimiento de controles fronterizos en el Espacio Schengen, una equiparación inexacta entre fronteras interiores y exteriores: La STJUE de 19 de marzo de 2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2019, pp. 1-8.
4. Teresa ACOSTA PENCO, “La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿un nuevo FRONTEX?”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71 (enero - junio de 2018), pp. 86-101.
5. Teresa ACOSTA PENCO, “Rechazo en frontera y derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 193, 2018, pp. 275-307.
6. Teresa ACOSTA PENCO, “Primer caso de restablecimiento de controles fronterizos en circunstancias excepcionales que ponen en peligro el funcionamiento global del Espacio Schengen: Comentario a la decisión de ejecución (UE) n.º 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41 (2017), pp. 252-273.
7. Teresa ACOSTA PENCO, “Los nuevos límites a la libre circulación de turistas en la Unión Europea”, *International Journal of Scientific Management and Tourism*, n.º 3 Vol. 2 (2016), pp. 27-40.

### Capítulos de libro:

1. Teresa ACOSTA PENCO, "El control de la frontera terrestre en Ceuta y Melilla. Un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos", Manuel IZQUIERDO CARRASCO y Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (Coords.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*, Thompson Civitas, 2019.
2. Teresa ACOSTA PENCO, "De FRONTEX a la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Hacia un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores fundado en los valores de solidaridad y respeto a los derechos fundamentales", AA.VV, *Paz y valores europeos como posible modelo de integración y progreso en un mundo global*, Peter Lang Publishers, 2019.

### Participación en Congresos:

1. Teresa ACOSTA PENCO, Comunicación: "El caso *Open Arms*. Una propuesta de solución jurídica para el desembarco de los migrantes rescatados en el Mediterráneo", VIII Congreso Científico de Investigadores en Formación de la UCO, celebrado el 19 de febrero de 2020 en Córdoba.
2. Tersa ACOSTA PENCO, Ponencia: "La indeterminación jurídica del puerto seguro", Jornada Migraciones y Derecho. Las víctimas invisibles de la migración. Organizada por Cruz Roja y celebrada en la Facultad de Derecho, CCEE y Empresariales de la Universidad de Córdoba el 10 de diciembre de 2019.
3. Teresa ACOSTA PENCO, Comunicación: "Vigilancia fronteriza extraterritorial y Derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional", II Congreso Jóvenes Investigadores sobre la UE, celebrado en el Instituto de Estudios Europeos los días 3 y 4 de octubre de 2019 en Valladolid
4. Teresa ACOSTA PENCO, Moderadora de la Mesa "La frontera sur española" en el IV Congreso Córdoba, ciudad de encuentro y diálogo. Migraciones y migrantes en un mundo global, celebrado los días 25 a 27 de marzo de 2019 en Córdoba, Auditorio del Teatro Góngora.
5. Teresa ACOSTA PENCO, Ponencia sobre la "Ejecución nacional del mandato del Código de Fronteras Schengen" en Jornada "Control de fronteras marítimas y FRONTEX", celebrada el 29 de octubre de 2018 en la Facultad de Derecho, CCEE y Empresariales de la Universidad de Córdoba.

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

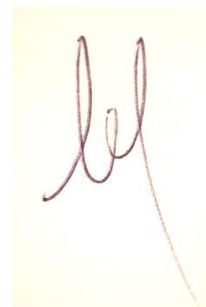
Córdoba, 31 de agosto de 2020

Firma de los directores



Fdo.: Manuel Izquierdo Carrasco

Catedrático de Derecho Administrativo



Fdo.: Antonio Bueno Armijo

Profesor Titular de D.  
Administrativo

## ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE CONTENIDO .....	i
ABREVIATURAS .....	xxvii
RESUMEN .....	xl
ABSTRACT .....	xli
RIASSUNTO.....	xlii
INTRODUCCIÓN.....	1
<b>BLOQUE I ORIGEN, REGULACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA EUROPEA DE CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIGILANCIA FRONTERIZA .....</b>	<b>8</b>
CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA E IMPLICACIONES PARA EL CONTROL MIGRATORIO. EL MODELO EUROPEO DE FRONTERAS .....	9
1. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA FRONTERA .....	9
1.1 El concepto tradicional de frontera.....	9
1.2 La fijación de las fronteras (demarcación y delimitación) .....	11
1.3 Las funciones de las fronteras.....	12
2. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA .....	14
2.1 El principio de libre circulación desde los orígenes de la Unión Europea hasta el Tratado de Maastricht .....	14
2.1.1 El reconocimiento del principio de libre circulación en los Tratados originarios .....	14
2.1.2 El objetivo del Acta Única Europea, un espacio sin fronteras interiores .....	17
2.1.3 El Tratado de Maastricht y la ciudadanía de la Unión.....	19
2.2 La constitución del Espacio Schengen .....	22



2.3 El Tratado de Ámsterdam: el final de la regulación paralela del principio de libre circulación .....	26
2.3.1 Comunitarización parcial del tercer pilar en el Título IV TCE .....	27
2.3.2 Remodelación del pilar intergubernamental del Título VI TUE .....	29
2.3.3 Incorporación del acervo Schengen en los Tratados de la Unión Europea .....	29
2.4 El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Lisboa.....	32
2.5 La composición actual del Espacio Schengen .....	33
2.5.1 Régimen especial de Irlanda .....	34
2.5.2 Régimen especial de Dinamarca .....	35
2.5.3 El régimen de Suiza .....	36
2.5.4 El régimen especial de Ceuta y Melilla .....	38
3. EL MODELO EUROPEO DE FRONTERAS .....	40
3.1 Fronteras interiores y fronteras exteriores .....	40
3.2 El cambio producido en la frontera como lugar de control .....	45
3.2.1 Las fronteras interiores como meras demarcaciones administrativas a efectos de libre circulación y el restablecimiento de controles fronterizos como excepción .....	46
3.2.2 La transferencia de los controles a las fronteras exteriores .....	50
3.2.3 El modelo europeo de frontera exterior: el concepto operativo de frontera.....	52
a) La separación entre el trazado de la frontera exterior y el control de la frontera exterior .....	52
b) La extraterritorialización de los controles fronterizos.....	54
c) La desterritorialización interna de los controles fronterizos.....	56
d) Conclusión sobre el modelo europeo de fronteras .....	59
4. EL IMPACTO DE LA CRISIS MIGRATORIA EN EL MODELO EUROPEO DE FRONTERAS .....	60
4.1 La frontera como lugar de control migratorio .....	60

4.2 Crisis migratoria, flujos mixtos y diversidad de regímenes jurídicos aplicables .....	62
4.2.1 Origen y evolución de la crisis migratoria.....	62
4.2.2 La naturaleza mixta de los flujos migratorios.....	64
4.2.3 Los regímenes jurídicos aplicables a inmigrantes económicos y solicitantes de protección internacional.....	66
4.3 El impacto de la crisis migratoria en las fronteras interiores.....	69
4.3.1 Los movimientos secundarios de inmigrantes como una cuestión de seguridad interior y orden público.....	69
4.3.2 Los movimientos secundarios de inmigrantes como origen de una nueva modalidad de restablecimiento de controles fronterizos .....	73
4.4 El impacto de la crisis migratoria en las fronteras exteriores .....	77
<b>CAPÍTULO II. LA POLÍTICA COMÚN DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA Ue. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS .....</b>	<b>78</b>
1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	78
2. OBJETIVOS DE LA POLÍTICA COMÚN DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	81
2.1 Garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores .....	82
2.2 Instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.....	83
3. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE GESTIÓN INTEGRADA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES.....	86
3.1 Las competencias atribuidas por los Tratados .....	86
3.2 La competencia implícita en materia de salvamento marítimo .....	89
3.3 Los límites al ejercicio de competencias legislativas por parte de la Unión Europea .....	92
3.3.1 El principio de subsidiariedad .....	92

3.3.2 Las reservas a favor de los Estados miembros en materia de seguridad interior y orden público .....	94
3.4 El Acervo Schengen en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores.....	96
4. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN Y SU APLICACIÓN A LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA .....	99
4.1 Concepto, formas y potestades de ejecución en el Derecho de la Unión Europea .....	99
4.2 La ejecución indirecta del Derecho de la Unión.....	102
4.3 La ejecución directa del Derecho de la Unión.....	104
4.3.1 Los distintos fundamentos del ejercicio de las potestades ejecutivas atribuidas a la Unión .....	105
4.3.2 La proporcionalidad como límite a la ejecución directa.....	107
5. LAS AUTORIDADES NACIONALES ENCARGADAS DE LA EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE ESPAÑA .....	109
5.1 Una primera aproximación a los conceptos de «guardia de frontera» y «control fronterizo» .....	109
5.2 El protagonismo de la ejecución indirecta en el ejercicio de potestades operativas .....	110
5.3 El caso de España. En especial, la Guardia Civil como cuerpo encargado de la vigilancia fronteriza .....	113
5.3.1 La distribución de competencias en materia de control fronterizo entre los cuerpos nacionales españoles.....	114
5.3.2 El impacto de la entrada de España en la Unión Europea en la configuración nacional de la actividad de vigilancia fronteriza .....	116
5.3.3 Organización, estructura y funciones de los servicios de la Guardia Civil encargados de la vigilancia fronteriza .....	117

6. LA AGENCIA DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS COMO  
ÓRGANO EJECUTIVO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA POLÍTICA COMÚN DE  
GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES ..... 123

6.1 La Agencia Frontex: el origen de la Agencia de la Guardia Europea de  
Fronteras y Costas..... 123

6.2 La Guardia Europea de Fronteras y Costas. Del cambio nominal al cambio  
material ..... 126

6.3 Composición de la Guardia Europea de Fronteras y Costas..... 128

6.4 Las potestades ejecutivas de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras  
y Costas..... 130

6.4.1 Las potestades ejecutivas de las agencias europeas..... 130

6.4.2 La evolución de las potestades ejecutivas operativas de la Agencia  
GEFC ..... 133

6.4.3 Elaboración de una estrategia técnica y operativa de gestión europea  
integrada de las fronteras ..... 137

6.4.4 Coordinación de la cooperación operativa entre Estados miembros 139

6.4.5 Supervisión de la gestión de las fronteras exteriores realizada por los  
Estados miembros y reacción ante incumplimientos..... 141

6.4.6 Actividad material de refuerzo en materia de gestión fronteriza..... 143

CAPÍTULO III. TÉCNICAS JURÍDICAS DE CONTROL FRONTERIZO EN EL  
ESPACIO SCHENGEN. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTIVIDAD DE  
VIGILANCIA<sup>1</sup>. DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE CONTROL  
FRONTERIZO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN..... 148

1. DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE CONTROL FRONTERIZO EN EL  
DERECHO DE LA UNIÓN..... 148

1.1 El Código de Fronteras Schengen como norma de referencia en materia de  
control fronterizo ..... 148

1.1.1 Ámbito de aplicación objetivo..... 148

1.1.2 Ámbito de aplicación subjetivo y categorización de la actividad de  
control fronterizo como actividad administrativa de policía ..... 149

1.1.3	Ámbito de aplicación territorial.....	151
1.2	Las inspecciones fronterizas en el Código de Fronteras Schengen .....	152
1.3	La vigilancia fronteriza en el Código de Fronteras Schengen .....	157
1.3.1	Un concepto poco clarificador .....	157
1.3.2	Una actividad de naturaleza material.....	159
1.3.3	Un espacio para la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros.....	160
1.3.4	La falta de desarrollo de garantías para los migrantes sometidos a la actividad de vigilancia .....	162
1.3.5	Las consecuencias de la falta de regulación europea y nacional .....	164
2.	EXCURSO SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LIMITACIÓN. EN ESPECIAL, LA ACTIVIDAD DE POLICÍA.....	166
2.1	La actividad administrativa de limitación.....	166
2.1.1	Concepto .....	166
2.1.2	Vigencia del principio de legalidad y de las reservas constitucionales de ley.....	167
a)	Las distintas restricciones que nacen para la Administración de la aplicación de estos principios .....	167
b)	Las consecuencias de la vigencia de estos principios en la actividad administrativa de limitación.....	169
2.1.3	Vigencia del principio de proporcionalidad.....	170
2.1.4	Instrumentos de la actividad administrativa de limitación .....	171
2.2	La actividad administrativa de policía y sus peculiaridades.....	172
2.2.1	Concepto y caracteres generales .....	172
2.2.2	El concepto de orden público .....	173
2.2.3	La relajación del principio de legalidad y de las reservas de ley.....	174
3.	DESGRANANDO EL CONCEPTO DE VIGILANCIA FRONTERIZA. UNA SOLA ACTIVIDAD CON DOS FINALIDADES DISTINTAS .....	176

3.1 Algunas aclaraciones terminológicas previas sobre el concepto de vigilancia .....	176
3.2 El concepto dual de vigilancia fronteriza acogido por el Derecho de la Unión y sus consecuencias .....	178
4. LA ACTIVIDAD DE DETECCIÓN COMO MODALIDAD DE VIGILANCIA FRONTERIZA .....	182
4.1 Concepto y caracteres de la actividad de detección fronteriza. Sus semejanzas con la actividad de inspección .....	182
4.2 Las potestades inherentes a la actividad de detección .....	185
4.2.1 La actividad de detección mediante técnicas no limitativas de derechos .....	185
4.2.2 La actividad de detección mediante técnicas limitativas de derechos .....	186
a) Potestades ordenatorias.....	186
b) Potestades conformatorias .....	188
4.3 La vigencia del principio de legalidad y de la reserva de ley en la actividad de detección .....	189
4.3.1 Habilitaciones en el Derecho de la Unión Europea .....	190
4.3.2 Habilitaciones en el Derecho Internacional .....	192
4.3.3 Habilitaciones en el Derecho Nacional.....	194
4.3.4 Conclusiones provisionales .....	198
5. LA ACTIVIDAD DE INTERCEPTACIÓN COMO MODALIDAD DE VIGILANCIA FRONTERIZA .....	198
5.1 Concepto y caracteres de la actividad de interceptación fronteriza. Sus semejanzas con la coacción directa .....	199
5.2 Las potestades inherentes a la actividad de interceptación.....	202
5.2.1 Las intimaciones .....	203
5.2.2 Las órdenes verbales .....	204
5.2.3 La compulsión sobre las personas .....	205

5.3 La actividad de interceptación (preventiva) como denegación de entrada material .....	207
5.4 La actividad de interceptación (correctiva) como sustitutiva de los procedimientos en materia de extranjería .....	209
5.5 Los derechos humanos afectados por la actividad de interceptación .....	212
5.5.1 El principio de no devolución .....	214
5.5.2 La prohibición de expulsiones colectivas .....	215
5.5.3 El derecho a un recurso efectivo .....	216
5.5.4 El derecho a solicitar protección internacional .....	218
5.6 La vigencia del principio de legalidad y de la reserva de ley en la actividad de interceptación .....	220
5.6.1 Habilitaciones del Derecho de la Unión .....	221
5.6.2 Habilitaciones en el Derecho Internacional .....	223
5.6.3 Habilitaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales .....	224
5.6.4 Conclusiones provisionales .....	226
<b>6. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERCEPTACIÓN .....</b>	<b>228</b>
6.1 El control administrativo del respeto a los derechos fundamentales en la actividad administrativa de interceptación .....	229
6.1.1 El régimen disciplinario .....	229
6.1.2 Reclamación de responsabilidad extracontractual a la Administración .....	230
6.2 El control judicial del respeto a los derechos fundamentales frente a la actividad de interceptación .....	232
6.2.1 El control judicial ejercido por los Tribunales españoles .....	233
a) Recurso contencioso administrativo contra actuaciones materiales de la Administración/Vía de hecho .....	233
b) Recurso de amparo y recurso especial para la protección de los derechos fundamentales. ....	236

6.2.2 El control judicial ejercido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea .....	238
6.2.3 El control judicial ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la aplicación del CEDH a actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión.....	239
6.3 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos .....	242
<b>7. EL EVENTUAL ABUSO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERCEPTACIÓN .....</b>	<b>244</b>
7.1 Excursio sobre el abuso de derecho .....	245
7.1.1 Origen, regulación y concepto del abuso de derecho .....	245
7.1.2 Las condiciones de aplicación del abuso de derecho. Especial referencia al motivo legítimo.....	246
7.1.3 Consecuencias de la apreciación del abuso de derecho.....	248
7.1.4 El abuso de los derechos fundamentales .....	249
7.2 El fraude de ley como motivo ilegítimo del ejercicio de los derechos fundamentales .....	255
7.2.1 Fraude de la normativa de control fronterizo como motivo ilegítimo del ejercicio de derechos fundamentales .....	257
7.2.2 Consecuencias de la apreciación del abuso de un derecho fundamental derivado del fraude de la normativa de control fronterizo .....	259
7.3 La inexistencia de fraude de ley en el caso de los solicitantes de protección internacional .....	261
<b>BLOQUE II LA EJECUCIÓN NACIONAL DEL MANDATO DE VIGILANCIA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS .....</b>	<b>264</b>
<b>CAPÍTULO IV. LA EJECUCIÓN NACIONAL DEL MANDATO DE VIGILANCIA EN LA FRONTERA EXTERIOR TERRESTRE ESPAÑOLA .....</b>	<b>265</b>
1. CEUTA Y MELILLA, UNA FRONTERA EXTERIOR DEL ESPACIO SCHENGEN EN EL CONTINENTE AFRICANO .....	265



2. LA INEFICACIA DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA.....	267
2.1 Una resolución de difícil ejecución .....	267
2.2 La solución transitoria y recurrente de los CIE .....	270
2.3 La solución aparentemente definitiva: el Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos.....	271
3. EL ORIGEN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA: EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE CONTROL FRONTERIZO DE LA GUARDIA CIVIL DE 26 DE FEBRERO DE 2014 Y EL CONCEPTO DE FRONTERA OPERATIVA .....	273
3.1 Contenido del Protocolo .....	274
3.2 Consecuencias de la aplicación del Protocolo: las devoluciones en caliente .....	276
3.3 La inexistente fundamentación jurídica del concepto de frontera operativa .....	278
3.3.1 La construcción de la valla de Melilla en territorio español.....	278
3.3.2 La extraterritorialidad de la jurisdicción.....	279
4. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA.....	280
4.1 Ámbito de aplicación. La evolución del concepto operativo de frontera	281
4.2 Puesta en práctica del rechazo en frontera.....	285
4.3 La adecuación de las garantías previstas en la DA 10ª LOEx al Derecho de la Unión .....	286
4.3.1 Compatibilidad del rechazo en frontera con la Directiva Retorno ..	287
4.3.2 Compatibilidad del rechazo en frontera con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo .....	289
5. COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS .....	291
5.1 Sobre la aplicabilidad del CEDH al caso <i>N.D y N.T c. España</i> .....	293

5.2 La contradictoria postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la vulneración del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH.....	295
5.2.1 La STEDH de 3 de octubre de 2017 .....	295
5.2.2 La STEDH de 13 de febrero de 2020 .....	297
5.3 El argumento subyacente a la postura del TEDH en la STEDH de 13 de febrero de 2020: el abuso del principio de prohibición de expulsiones colectivas .....	299
5.3.1 El bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas .....	299
5.3.2 Planteamiento de la hipótesis: el posible abuso de derecho por parte de los asaltantes a la valla.....	300
5.3.3 El fraude de la normativa de control fronterizo como motivo ilegítimo .....	302
5.4 Crítica a la postura del TEDH en la STEDH de 13 de febrero de 2020: la falta de toma en consideración del principio de no devolución.....	305
5.3.1 El otro bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas .....	305
5.4.1 Inexistencia de fraude de la normativa de control fronterizo por parte de los solicitantes de protección internacional .....	307
5.4.2 Las peligrosas consecuencias de la nueva línea jurisprudencial del TJUE.....	309
6. UNA ALTERNATIVA AL RÉGIMEN ESPECIAL PARA CEUTA Y MELILLA.....	311
CAPÍTULO V. LA EJECUCIÓN NACIONAL DEL MANDATO DE VIGILANCIA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES MARÍTIMAS DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A ITALIA Y ESPAÑA .....	315
1. LA VIGILANCIA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES MARÍTIMAS DE LA UNIÓN EUROPEA.....	315
2. LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA EXTERIOR MARÍTIMA DE LA UNIÓN EUROPEA .....	318
2.1 La frontera marítima en el Derecho Internacional.....	318

2.2 La aplicación del modelo europeo de fronteras a las fronteras marítimas	323
3. OPERACIONES DE INTERCEPTACIÓN EN LA FRONTERA DEL MAR TERRITORIAL DE UN ESTADO MIEMBRO. EN ESPECIAL, LAS OPERACIONES DE REMOLQUE O ACOMPAÑAMIENTO DESDE EL MAR TERRITORIAL AL EXTERIOR. ....	326
3.1 Contextualización de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro .....	326
3.2 Compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con la Directiva Retorno .....	327
3.3 Compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo .....	330
3.4 Compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con el CEDH.....	333
3.5 Una alternativa a la medida de expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro .....	337
4. VIGILANCIA MARÍTIMA EXTRATERRITORIAL: LA ZONA CONTIGUA. EN ESPECIAL, LA DENEGACIÓN DE ACCESO O BLOQUEO DE UN BUQUE. ....	338
4.1 Contextualización de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua .....	338
4.2 La compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro con la Directiva Retorno. ....	340
4.3 La compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo. ....	345
4.4 La compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro con el CEDH. ....	347

4.4.1 La aplicabilidad del CEDH a actuaciones extraterritoriales de los Estados parte.....	347
4.4.2 La discutida aplicación del principio de no devolución (artículo 3 CEDH) .....	348
4.4.3 La indubitada aplicación de la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH).....	352
<b>5. LA VIGILANCIA MARÍTIMA EXTRATERRITORIAL: ALTA MAR Y EL MAR TERRITORIAL DE TERCEROS ESTADOS .....</b>	<b>353</b>
5.1 La necesidad de títulos habilitantes específicos para la adopción de medidas de interceptación en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados .....	353
5.1.1 Los acuerdos bilaterales de cooperación en materia migratoria entre España y terceros Estados.....	355
5.1.2 Los acuerdos bilaterales de cooperación en materia migratoria entre Italia y terceros Estados .....	357
5.1.3 Excurso sobre la clasificación de los acuerdos internacionales y sus respectivos regímenes jurídicos .....	360
a) Los Tratados Internacionales .....	360
b) Los Acuerdos internacionales administrativos .....	361
c) Los Acuerdos internacionales no normativos.....	363
5.1.4 La naturaleza jurídica de los títulos habilitantes de las medidas de interceptación en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados .....	363
5.1.5 Análisis comparativo del contenido de los títulos habilitantes empleados por España e Italia para las medidas de interceptación realizadas en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados.....	369
a) Los memorandos de entendimiento .....	369
b) El Acuerdo entre España y Cabo Verde y los Protocolos ítalo-libios.....	372
5.2 Las operaciones de interceptación en alta mar .....	376
5.2.1 Contextualización de las medidas de interceptación en alta mar ....	376

5.2.2 La inaplicación de la Directiva Retorno y la Directiva sobre Procedimientos de Asilo a las medidas de interceptación en alta mar .....	376
5.2.3 La compatibilidad de las medidas de interceptación en alta mar con el CEDH. La compleja cuestión de su aplicabilidad extraterritorial. ....	377
a) La orden de desviación al puerto de origen con aviso a las autoridades de ese Estado .....	378
b) El bloqueo del paso en alta mar .....	380
c) La retención y entrega de las personas detectadas a las autoridades de un tercer Estado .....	383
5.3 Las operaciones de interceptación en el mar territorial de terceros Estados .....	385
5.3.1 Contextualización de las medidas de interceptación en el mar territorial de terceros Estados .....	385
5.3.2 La inaplicación de la Directiva Retorno y la Directiva sobre Procedimientos de Asilo a las medidas de interceptación realizadas en el mar territorial de terceros Estados y la aplicación de la CDFUE .....	386
5.3.3 La compatibilidad de las medidas de interceptación en el mar territorial de terceros Estados con el CEDH. De nuevo, la compleja cuestión de la su aplicabilidad .....	386
6. UNA ALTERNATIVA QUE PERMITIRÍA EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE VIGILANCIA MARÍTIMA EXTRATERRITORIAL .....	393
CAPÍTULO VI. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS OPERACIONES DE INTERCEPTACIÓN EN OPERACIONES DE SALVAMENTO .....	395
1. DIFERENCIA ENTRE OPERACIONES DE INTERCEPTACIÓN Y OPERACIONES DE SALVAMENTO. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO MIGRATORIO .....	395
2. EL DEBER DE PRESTAR ASISTENCIA A BUQUES EN PELIGRO EN EL MAR. ....	399
2.1 Obligaciones dirigidas a los Estados en materia de salvamento .....	400

2.1.1 Exigir a los buques que enarbolan su pabellón que presten auxilio a las personas que se encuentren en peligro en el mar.....	400
2.1.2 La exigencia de constituir un Servicio de Búsqueda y Salvamento	404
a) Los Servicios de Salvamento Marítimo nacionales.....	404
b) Las zonas SAR .....	407
2.2 Obligaciones dirigidas a los capitanes de buque .....	410
3. EL ALCANCE PARA LOS ESTADOS DEL DEBER DE PRESTAR ASISTENCIA A BUQUES EN PELIGRO EN EL MAR.....	411
3.1 Las enmiendas a los Convenios SAR, SOLAS y el <i>soft law</i> : un intento fallido de determinar el lugar de desembarco.....	412
3.1.1 Derechos reconocidos a los capitanes de los buques rescatadores ..	414
3.1.2 El concepto de «lugar seguro».....	415
3.1.3 Obligaciones adicionales (aunque insuficientes) dirigidas a los Estados en materia de rescate.....	419
3.2 La repercusión del ambiguo párrafo 3.1.9 del Convenio SAR en materia migratoria.....	420
3.2.1 Las intencionadas lagunas del párrafo 3.1.9 del Convenio SAR.....	420
3.2.2 La trascendencia de las lagunas del párrafo 3.1.9 en el contexto de la crisis migratoria en la UE .....	421
3.2.3 La interpretación sistemática que, en última instancia, permitiría determinar el lugar de desembarque de las personas rescatadas .....	423
3.3 La determinación del «lugar seguro» en el Derecho de la Unión y en el derecho interno español .....	426
4. EL POSIBLE ABUSO DEL DERECHO AL RESCATE POR PARTE DE LOS MIGRANTES QUE EMPLEAN EMBARCACIONES DE FORTUNA PARA LLEGAR A LA UE .....	430
4.1 El abuso del derecho al rescate como abuso del derecho a la vida. El bien jurídico protegido por la normativa nacional e internacional de salvamento marítimo.....	431

4.2 Abuso del derecho a la vida en casos de inmigrantes económicos que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea. ....	432
4.2.1 Planteamiento de la hipótesis.....	433
4.2.2 El fraude de la normativa de control fronterizo como motivo ilegítimo del ejercicio del derecho a la vida.....	435
4.2.3 Consecuencias de la apreciación del abuso de derecho y el fraude de ley en casos de rescate de migrantes económicos que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea. ....	437
4.3 Abuso del derecho a la vida en casos de solicitantes de protección internacional que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea. La inexistencia de motivo ilegítimo .....	439
 5. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ASISTENCIA A EMBARCACIONES EN PELIGRO EN EL MAR MEDIANTE EL DESPLIEGUE DE LOS SERVICIOS DE SALVAMENTO MARÍTIMO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTROVERTIDO CASO <i>DICIOTTI</i> .....	442
5.1 La denegación de autorización de desembarque del Estado responsable de la operación SAR a sus propias unidades de salvamento marítimo. ....	443
5.2 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico italiano .....	445
5.3 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	448
5.3.1 Las garantías del Derecho de la Unión aplicables a las personas rescatadas en una operación de salvamento que se encuentren en el mar territorial de un Estado miembro .....	448
5.3.2 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	451
 6. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ASISTENCIA A EMBARCACIONES EN PELIGRO POR PARTE DE BUQUES DE ESTADO EN EJECUCIÓN DE MEDIDAS DE VIGILANCIA FRONTERIZA. ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LOS ACUERDOS BILATERALES CON TERCEROS ESTADOS .....	452

6.1. La política de <i>push-back</i> consecuencia de los acuerdos ítalo-libios.....	454
6.1.1 El <i>modus operandi</i> de las autoridades italianas durante el verano de 2009 .....	455
6.1.2 Análisis de la conformidad de los <i>push-back</i> con el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	456
6.2 La política de rescate-entrega de personas rescatadas en el mar consecuencia de los acuerdos hispano-marroquíes .....	458
6.2.1 El <i>modus operandi</i> de las autoridades españolas en aguas territoriales marroquíes .....	461
6.2.2 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	462
6.3 La huida de las garantías. La política de bloqueo-espera en las operaciones de rescate de la Guardia Civil .....	465
6.3.1 La inactividad de la Guardia Civil ante embarcaciones en peligro en la zona SAR marroquí .....	465
6.3.2 Las dificultades existentes para la aplicación del CEDH en casos de inactividad y extraterritorialidad de las actuaciones.....	466
a) Una posible vía de solución al problema de la aplicabilidad del CEDH descartada por el propio TEDH .....	467
b) La coordinación de la operación de salvamento por parte de los RCC como posible criterio de aplicabilidad del CEDH .....	470
6.3.3 El mantenimiento de algunas de las garantías del Derecho de la Unión en materia de control fronterizo.....	471
7. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ASISTENCIA A EMBARCACIONES EN PELIGRO MEDIANTE LA COORDINACIÓN DE OPERACIONES DE SALVAMENTO LLEVADAS A CABO POR BUQUES DE ONG .....	472
7.1 La práctica de denegar la autorización del desembarco como consecuencia de la falta de idoneidad del puerto .....	473
7.2 La política italiana de <i>porti chiusi</i> a las ONG .....	475



7.2.1 La apelación de las autoridades italianas a la prohibición de paso inocente por motivos de orden público.....	475
7.2.2 Orden público vs. Asistencia a personas en peligro: la ponderación de los intereses protegidos por el Derecho de la Unión .....	478
a) La ponderación de las leyes migratorias.....	480
b) La ponderación de las normas sancionadoras .....	481
c) La prevalencia de la asistencia sobre el orden público pero condicionado a una ausencia de intencionalidad.....	484
<b>BLOQUE III LA EJECUCIÓN MEDIANTE LA COOPERACIÓN OPERATIVA ENTRE ESTADOS MIEMBROS DEL MANDATO DE VIGILANCIA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS .....</b>	<b>488</b>
CAPÍTULO VII. FORMAS DE COOPERACIÓN OPERATIVA COORDINADAS POR LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS .....	489
1. LA COORDIACIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA REALIZADA POR LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS.....	489
2. LAS PRIMERAS FORMAS DE COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA.....	491
2.1 Las operaciones conjuntas .....	492
2.1.1 Concepto .....	492
2.1.2 Evolución y puesta en práctica hasta 2019 .....	492
2.2 Los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras (RABITs) .....	496
2.2.1 Concepto .....	496
2.2.2 Composición y despliegue .....	497
2.2.3 Funciones, competencias y responsabilidad de los miembros de los equipos.....	498
2.3 Los Equipos Europeos de Guardia de Fronteras (EBGT) .....	500
2.3.1 La reordenación de las modalidades de cooperación operativa coordinadas por la Agencia .....	500

2.3.2 Composición, despliegue, funciones y régimen de responsabilidad de los EBG	502
3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MODALIDADES ACTUALES DE COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA	504
3.1 Los aspectos comunes a las operaciones conjuntas y las intervenciones fronterizas rápidas	506
3.1.1 La puesta en marcha de la operación	506
3.1.2 El Plan Operativo	508
a) Finalidad y estructura	509
b) Especial referencia a los planes operativos de las operaciones marítimas	511
3.1.3 La suspensión o conclusión de las operaciones	512
3.2 Particularidades de las operaciones conjuntas	513
3.3 Particularidades de las intervenciones fronterizas rápidas	514
3.4 Las operaciones de búsqueda y salvamento (SAR)	516
4. LOS MEDIOS HUMANOS A DISPOSICIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA	520
4.1 Composición y despliegue	521
4.1.1 La regulación previa al Reglamento GEFC 2019	521
a) Composición de los equipos	521
b) Organización y planificación interna de los equipos de la GEFC	524
c) Alcance de las obligaciones de contribución de los Estados a los contingentes	526
4.1.2 Regulación actual de los equipos de la GEFC	530
a) Composición y despliegue	530
b) Financiación	534
c) Formación	535
d) Conclusiones en materia de composición y despliegue de la GEFC	536

4.2 El régimen jurídico relativo al ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos .....	537
4.2.1 El régimen jurídico establecido por el Derecho de la Unión .....	537
4.2.2 La influencia del ordenamiento jurídico del Estado miembro de acogida .....	539
4.3 Los derechos humanos como límite del ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos .....	542
4.4 El régimen de responsabilidad de los miembros de los equipos .....	544
4.4.1 El régimen de responsabilidad disciplinaria .....	544
4.4.2 El régimen de responsabilidad civil .....	545
4.4.3 El régimen de responsabilidad penal .....	550
4.4.4 Responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos .....	550
5. LOS AGENTES DE COORDINACIÓN .....	553
6. LOS MEDIOS TÉCNICOS A DISPOSICIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA .....	555
6.1 Concepto y régimen posesorio de los equipos técnicos .....	555
6.2 Los contingentes de equipos técnicos: modalidades y despliegue. ....	557
6.3 Alcance de las obligaciones de contribución de los Estados a los contingentes .....	558
CAPÍTULO VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE VIGILANCIA FRONTERIZA COORDINADAS POR LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS .....	559
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....	559
2. LA DECISIÓN 2010/252/UE DEL CONSEJO: EL ORIGEN DEL REGLAMENTO VIGILANCIA MARÍTIMA .....	561
2.1 El contenido de la Decisión 2010/252/UE del Consejo .....	561
2.2 La anulación de la Decisión 2010/252/UE del Consejo por parte del TJUE .....	563

2.3 El argumento subyacente que motivó la anulación de la Decisión 2010/252/UE del Consejo: la vulneración de la reserva de acto legislativo en el Derecho de la Unión .....	567
3. LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y TERRITORIAL DE LA ACTIVIDAD DE VIGILANCIA: EL REGLAMENTO VIGILANCIA MARÍTIMA .....	569
3.1. Las principales innovaciones del Reglamento Vigilancia Marítima frente a la Decisión Vigilancia Marítima.....	569
3.2. El refuerzo de las competencias estatales en materia de vigilancia marítima extrafronteriza.....	571
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO EN MATERIA DE VIGILANCIA MARÍTIMA FRONTERIZA EN EL REGLAMENTO VIGILANCIA MARÍTIMA .....	573
4.1 El denominado procedimiento de asilo marítimo .....	573
4.2 «Detección» vs. «Interceptación»: la confusa delimitación de las actividades de vigilancia realizada en el Reglamento Vigilancia Marítima. ....	578
4.3 Los problemas de ejecución de las medidas de detección llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa. ....	581
4.4 El régimen jurídico de las medidas de interceptación previstas en el Reglamento Vigilancia Marítima. ....	588
4.4.1 Interceptación en el mar territorial y en la zona contigua .....	589
a) La medida de interceptación consistente en ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua... ..	590
b) La medida de interceptación consistente en conducir al buque interceptado en el mar territorial o la zona contigua al Estado miembro ribereño .....	596
4.4.2 Interceptación en alta mar.....	603
a) Formas en que puede producirse la interceptación en alta mar .....	603
b) En concreto, las medidas de interceptación en alta mar que comportan el desembarco de las personas interceptadas en un tercer país .....	605

4.5 La falta de regulación de las medidas de interceptación en el mar territorial de terceros Estados. ....	608
4.5.1 La facilitación de la cooperación entre Estados miembros y terceros Estados en materia de vigilancia marítima. La participación de Frontex en acuerdos bilaterales.....	609
a) Los Acuerdos Bilaterales entre Estados miembros y terceros Estados	609
b) El caso concreto de la operación conjunta Hera.....	610
4.5.2 La cooperación directa entre la Agencia GEFC y terceros Estados en materia de vigilancia marítima. Acuerdos de Trabajo y Acuerdos sobre el Estatuto .....	612
a) Los «Acuerdos de Trabajo» entre la Agencia y terceros Estados ....	612
b) Los «Acuerdos sobre el estatuto» entre la Agencia y terceros Estados .....	616
5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SALVAMENTO MARÍTIMO EN LAS OPERACIONES DE VIGILANCIA FRONTERIZA COORDINADAS POR LA AGENCIA: ANÁLISIS COMPARATIVO CON RESPECTO AL RÉGIMEN JURÍDICO ESTABLECIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL .....	623
5.1 La determinación del RCC responsable de las situaciones de salvamento	624
5.2 El desembarco de personas rescatadas en operaciones de salvamento...	626
5.3 Los problemas de aplicación del régimen jurídico en materia de salvamento .....	630
6. EL CONTROL DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA COORDINADAS POR LA AGENCIA .....	633
6.1 Reclamación específica en vía administrativa. El mecanismo de denuncia interno de la Agencia GEFC .....	633
6.1.1 Presentación, admisión y remisión de la denuncia a la Agencia o al Estado miembro de origen del guardia fronterizo denunciado.....	634
6.1.2 Tramitación de la denuncia admitida por la Agencia o el Estado miembro afectado .....	635
6.1.3 Resultados de la tramitación de la denuncia.....	635

6.1.4 Deficiencias detectadas en el Mecanismo de denuncia .....	638
6.2 Otra vía administrativa de carácter indirecto. La responsabilidad extracontractual del Estado miembro anfitrión.....	640
6.3 El control por parte del TJUE del respeto a los derechos fundamentales	641
6.3.1 La responsabilidad extracontractual de la UE .....	641
6.3.2 El recurso de anulación ante el TJUE.....	642
6.4 La aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos a las actuaciones de vigilancia fronteriza llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa.....	644
6.4.1 El problema de la coexistencia de una multitud de actores en el seno de las cooperaciones operativas coordinadas por la Agencia.....	645
6.4.2 La aplicación del CEDH a actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión .....	646
6.4.3 La atribución de las actuaciones de vigilancia al Estado miembro de acogida.....	647

#### **BLOQUE IV LA EJECUCIÓN POR PARTE DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS DE LA POLÍTICA EUROPEA DE CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES ..... 652**

##### **CAPÍTULO IX. LAS POTESTADES DE LA AGENCIA DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL MANDATO DE VIGILANCIA FRONTERIZA ..... 653**

##### **1. LA IMPORTANCIA DE LAS POTESTADES DE SUPERVISIÓN Y REACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS Y DEFICIENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL ÁMBITO DEL CONTROL FRONTERIZO . ..... 653**

1.1 La efectividad del Derecho de la Unión como límite a la autonomía procedimental en materia de vigilancia fronteriza.....	653
1.2 Las potestades de supervisión y reacción como instrumentos para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión.....	656

1.3 La dualidad de instancias europeas con potestades de supervisión y reacción en materia de control fronterizo.....	657
1.3.1 El legislador europeo como artífice de la distribución de competencias ejecutivas de control fronterizo en el seno de la Administración Europea	657
1.3.2 El ejercicio de la potestad de supervisión por parte de la Comisión y la Agencia GEFC en materia de control fronterizo .....	660
1.3.3 El ejercicio de la potestad de reacción por parte del Consejo y la Agencia GEFC frente a incumplimientos y deficiencias en materia de control fronterizo.....	661
2. EL PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE POTESTADES SUPERVISORAS: LA OBLIGACIÓN DE INTERCAMBIAR INFORMACIÓN ....	664
2.1 Bases jurídicas y mecanismos para recabar información a disposición de la Agencia GEFC.....	664
2.2 EUROSUR como fuente de información de la Agencia GEFC .....	667
3. LAS FUNCIONES SUPERVISORAS ATRIBUIDAS A LA AGENCIA GEFC PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE CONTROL FRONTERIZO .....	669
3.1 Supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace desplegados en los Estados miembros.....	669
3.2 Supervisar los flujos migratorios y realizar análisis de riesgos que abarquen todos los aspectos de la gestión integrada de las fronteras .....	672
3.3 Realizar evaluaciones de la vulnerabilidad, incluida la evaluación de la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores .....	674
3.3.1 Objeto de las evaluaciones de vulnerabilidad.....	675
3.3.2 Procedimiento para la realización de evaluaciones de vulnerabilidad .....	676
3.3.3 Análisis comparativo entre el Mecanismo de Evaluación Schengen y la Evaluación de Vulnerabilidad.....	679

3.3.4 Consecuencias regladas de los resultados de las evaluaciones de vulnerabilidad: la atribución de niveles de impacto a las fronteras.....	681
4. LOS MECANISMOS DE REACCIÓN DE LA AGENCIA GEFC ANTE INCUMPLIMIENTOS Y DEFICIENCIAS DETECTADAS EN LAS FRONTERAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS .....	683
4.1 Breve excurso sobre las recomendaciones y las decisiones en el Derecho de la Unión .....	684
4.1.1 Las recomendaciones.....	684
4.1.2 Las decisiones .....	686
4.2 El régimen jurídico de las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Agencia GEFC.....	686
4.2.1 Procedimiento mediante el que se recomiendan y, en su caso, imponen medidas que se deben adoptar en el ámbito nacional .....	687
a) Las recomendaciones del director ejecutivo de la Agencia GEFC...	687
b) La decisión vinculante del consejo de administración de la Agencia GEFC .....	690
4.2.2 Procedimiento mediante el que se recomienda la puesta en marcha de una cooperación operativa en un determinado Estado miembro .....	694
5. LA INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA GEFC EN UN ESTADO MIEMBRO POR DECISIÓN DEL CONSEJO COMO MEDIDA DE <i>ULTIMA RATIO</i> PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE CONTROL FRONTERIZO .....	697
5.1 Causas de la adopción de la medida .....	697
5.1.1 Causas directas.....	697
5.1.2 Causa remota .....	700
5.2 Procedimiento de ejecución de la Decisión del Consejo .....	701
5.3 Implicaciones de la medida y su compatibilidad con las reservas nacionales relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.....	705



5.4 Consecuencias del incumplimiento de la decisión del Consejo por parte del Estado miembro anfitrión. El restablecimiento de los controles fronterizos	708
CONCLUSIONES.....	713
CONCLUSIONS .....	730
BIBLIOGRAFÍA .....	746

## ABREVIATURAS

AAS	Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Acuerdo de 1992	Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente de 13 de febrero de 1992
Acuerdo de Touquet	<i>Treaty between the Government of the United Kingdom and the Government of the French Republic concerning the implementation of frontier controls at sea ports of both countries on the Channel and North Sea</i> , 24 may 2011
Acuerdo España- Cabo Verde	Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde de 21 de febrero de 2008
Acuerdo Schengen	Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 14 de junio de 1985
Acuerdo UE-Albania	Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania
AENEAS	Programa (UE) de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo
AEVM	Agencia Europea de Valores y Mercados
AG	Abogado General
Agencia Frontex	o Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea

Agencia GEFC	Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas.
Ap.	Apartado
Apud	En
ARGO	Programa (UE) de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración
ARI	Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ( <i>Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts</i> )
ARS	Agrupación de Reserva y Seguridad de la Guardia Civil
As.	Asunto
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
Benelux	Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo
BOCG	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados
BOE	Boletín Oficial del Estado
C- SIS	Sistema de información Schengen Central
CAAS	Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 1985, firmado el 19 de junio de 1990
CAJI	Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior
CC	Código Civil
CCRC	Centro de Coordinación Regional de Canarias
CCS	Centros de Coordinación de Salvamento
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEAR	Comité Español de Ayuda al Refugiado
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CECORVIGMAR	Centro de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950
CEE	Comunidad Económica Europea

CETI	Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes
CFS 2006	Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras
CFS 2016	Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras
CI	<i>Costituzione Italiana</i>
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
Circ.	Circular
Cit.	Citado
CNCS	Centro Nacional de Coordinación de Salvamento
CNP	Cuerpo Nacional de Policía
CNUDM	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982
CP	Código Penal
CPT	Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes
COM	Comisión Europea
Comisión LIBE del Parlamento Europeo	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior ( <i>Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs</i> )
Convención de Ginebra	Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951
Convenio SAR	Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo ( <i>Search And Rescue</i> ) de 27 de abril de 1979
Convenio SOLAS	Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar ( <i>Safety Of Life At Sea</i> ) de 1 de noviembre de 1974
Coord.	Coordinador/a
DA	Disposición Adicional
DDHH	Derechos Humanos

Decisión Comitología	Decisión 1999/468/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión
Decisión Comitología (Segunda)	Decisión 2006/512/CE del Consejo, de 17 de julio de 2006, que modifica la Decisión 1999/468/CE por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión
Decisión del consejo de administración 26/2018	Decisión 26/2018 del Consejo de Administración de Frontex de 25 de octubre de 2018 por la que se adoptan disposiciones de carácter general en relación con infracciones administrativas y procedimientos disciplinarios
Decisión sobre el mecanismo de denuncia	Decisión R-ED-2016-106 del Director Ejecutivo de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas sobre el Mecanismo de denuncia, de 6 de octubre de 2016
Decisión Vigilancia Marítima	Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
<i>Decreto 14 luglio 2003</i>	<i>Decreto Miniserio dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina</i>
<i>Decreto Sicurezza</i>	<i>Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata</i>
<i>Decreto Sicurezza Bis</i>	<i>Decreto legge 14 giugno 2019, n.53 Disposizioni urgenti per il potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza</i>
Dir.	Director/a

Directiva 2002/59/CE	Directiva 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2002 relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo y por la que se deroga la Directiva 93/75/CEE del Consejo
Directiva sobre Procedimientos de Asilo	Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional
Directiva Retorno	Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular
Directrices del MSC de 2004	Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar
Doc.	Documento
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo ( <i>European Asylum Support Office</i> )
EBGT	Equipo europeo de guardias de fronteras ( <i>European Border Guard Team</i> )
Ed.	Editor/a
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio ( <i>European Free Trade Association</i> )
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
Equipos GEFC	Equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas
ESBC	Centro marítimo en Grecia para el Este del Mar Mediterráneo
Etc.	Etcétera
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
EUROSUR	Sistema Europeo de Vigilancia Fronteriza ( <i>European Border Surveillance system</i> )

FAL	Comité de Facilitación de la Organización Marítima Internacional
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FFCCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
FJ	Fundamento Jurídico
FRO	Agente responsable en materia de Derechos Fundamentales ( <i>Fundamental Rights Officer</i> )
FSCE	Centro de situación de Frontex ( <i>Frontex Situation Centre</i> )
FSM	Fuerzas de Seguridad Marroquíes
GEFC	Guardia Europea de Fronteras y Costas
GRS	Grupos de Reserva y Seguridad de la Guardia Civil
ICC	Centro de Coordinación Internacional ( <i>International Coordination Centre</i> )
JAI	Consejo Europeo en formación de Justicia y Asuntos de Interior
Ley de Asilo	Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LNМ	Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima
LO 5/2005	Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOFCSE	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORDGC	Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil
LOTС	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LPEMM	Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LTAI	Ley 24/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales
Manual de Retorno	Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno
MEDSEA	Proyecto Red mediterránea de patrullas costeras
Memorando de 2017	<i>Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, de 2 de febrero de 2017</i>
MES	Mecanismo de Evaluación Schengen
MIR	Módulo de Intervención Rápida de la Guardia Civil
MoU	Memorando de Entendimiento ( <i>Memorandum of Understanding</i> )
MSC	Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional ( <i>Maritime Safety Committee</i> )
N- SIS	Sistema de información Schengen Nacional
N.º	Número
Núm.	Número
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OMI	Organización Marítima Internacional
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OP	Plan Operativo ( <i>Operational Plan</i> )



Orden ARS	Orden General número 3, dada en Madrid a 13 de febrero de 2014 sobre Organización de la Agrupación de Reserva y Seguridad de la Guardia Civil
Orden CCRC	Orden PRE/3108/2006, de 10 de octubre de 2006 por la que se crea el Centro de Coordinación Regional de Canarias
Orden CECORVIGMAR	ORDEN PRE/2523/2008, de 4 de septiembre, por la que se crean los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras
Orden de servicio 21/2005	Orden de servicio 21/2005 de la Subdirección General de Operaciones del Estado Mayor. Asunto: Dispositivo operativo en valla perimetral de Ceuta y Melilla
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
p.	Página
Pár.	Párrafo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PNR	Registro de nombres de pasajeros ( <i>Passenger Name Record</i> )
PPU	Procedimiento Perjudicial de Urgencia
PRISMA	Programa de Información de Seguridad Marítima
Propuesta de Reglamento GEFC 2016	Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 2007/2004, el Reglamento (CE) n.º 863/2007 y la Decisión 2005/267/CE [COM (2015) 671 final]
Propuesta de Reglamento GEFC 2019	Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2018), 631 final]
<i>Potocollo Aggiuntvo Tecnico-Operatvo</i>	<i>Protocollo Aggiuntivo Tecnico-Operativo al Protocollo di Cooperazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina del 29 dicembre 2007</i>

Protocolo de 26 de febrero de 2014	Protocolo de actuación de control fronterizo de 26 de febrero de 2014 (Dirección General de la Guardia Civil)
Protocolo de Palermo	Protocolo de Palermo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire publicado el 15 de noviembre de 2000
Protocolo de Sangatte	<i>Protocol between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the French Republic concerning frontier controls and policing, co-operation in criminal justice, public safety and mutual assistance relating to the Channel fixed link, 25 November 1991.</i>
Protocolo de cooperación ítalo-libio	<i>Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista del 29 de diciembre de 2007</i>
Protocolo ítalo-albanés de 1997	<i>Protocollo tra il Ministero della difesa della Repubblica italiana e il Ministero della difesa albanese di attuazione dello Scambio di lettere relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania de 2 de abril de 1997</i>
RABIT	<i>Rapid Border Intervention Team</i>
RCC	Centro de Coordinación de Rescate ( <i>Rescue Coordination Centre</i> )
Real Decreto 210/2004	Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo
Rec.	Recurso
RD 1449/2000	Real Decreto 1449/2000, de 25 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior
RD 246/1991	Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil
RDA	República Democrática de Alemania
Régimen Especial de Ceuta y Melilla	DA 10ª Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Reglamento Comitología	Reglamento (UE) n.º 182/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.
Reglamento de la Ley de Asilo	Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado
Reglamento Dublín 2003	Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país
Reglamento Dublín 2013	Reglamento (UE) n.º 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida
Reglamento FRONTEX 2004	Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión Europea.
Reglamento FRONTX 2007	Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados
Reglamento FRONTEX 2011	Reglamento (UE) n.º 1168/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) no 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las

	fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
Reglamento GEFC 2016	Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016 y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo
Reglamento GEFC 2019	Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
Reglamento Evaluación Schengen	Reglamento (UE) n.º 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen
Reglamento Vigilancia Marítima	Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
RFA	República Federal de Alemania
SASEMAR	Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima
SCIFA	<i>Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum</i>
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SEIAV	Sistema de autorización de viajes en línea
SES	Sistema de Entradas y Salidas

SIR	Informe de Incidentes Graves ( <i>Serious Incident Report</i> )
SIS	Sistema de Información Schengen
SIS II	Sistema de Información Schengen de segunda generación.
SIVE	Sistema Integral de Vigilancia Exterior
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLPEMM	Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
TUSM	<i>Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (Decreto legislativo, testo coordinato, 25/07/1998 n° 286)</i>
UBA	Unidad Básica de Actuación de la Guardia Civil
UE	Unión Europea
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i>
UNMIK	<i>United Nations Mission in Kosovo</i>
URS	Escuadrón de Caballería y Unidad de Reconocimiento del Subsuelo de la Guardia Civil

US CBP	<i>United States Customs and Border Protection</i>
v.g.	verbigracia
Vid.	Véase
VIS	Sistema de Información de Visados Schengen
Vol.	Volumen
WSBC	Centro marítimo en Madrid para el Oeste del Mar Mediterráneo.
ZEE	Zona Económica Exclusiva
Zona SAR	Zona de búsqueda y salvamento marítimo ( <i>Search and Rescue</i> )

## RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis jurídico de la actividad de vigilancia fronteriza que permite comprender y proponer soluciones a algunos de los problemas derivados de la crisis migratoria en la Unión Europea. En concreto, se abordan, entre otras cuestiones, la repercusión de los movimientos secundarios de migrantes en el funcionamiento del Espacio Schengen y la aparente incompatibilidad entre el derecho soberano de todo Estado a determinar quién entra en su territorio y el respeto a los derechos humanos de los migrantes que pretenden acceder a él.

Para la consecución del objetivo perseguido por la investigación, el análisis jurídico de la institución de la vigilancia fronteriza se ha estructurado en cuatro bloques. El primero de ellos elabora el marco conceptual de la actividad de vigilancia fronteriza, dentro del cual se explican las peculiaridades del modelo europeo de fronteras, se expone la distribución competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de vigilancia fronteriza y se ofrece un concepto de dicha actividad basado en un análisis de las potestades que le son inherentes. En el segundo bloque se realiza un pormenorizado estudio de la ejecución nacional del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen, adoptando como parámetros de referencia el ordenamiento jurídico español y el italiano y como criterio sistematizador las fronteras terrestres y las marítimas. En relación con estas últimas, la investigación repara en el enorme condicionante que representan las operaciones de salvamento marítimo para su vigilancia. El tercer bloque aborda la ejecución del mismo precepto del Código de Fronteras Schengen pero, en esta ocasión, en el contexto de la cooperación operativa entre Estados miembros coordinada por la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Por último, dada la relevancia adquirida por esta última a raíz de la crisis migratoria y el progresivo refuerzo del que ha sido objeto su mandato, el cuarto bloque se ocupa de analizar las potestades atribuidas a la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas para garantizar la efectividad del acervo de la Unión en materia de control fronterizo.

El análisis jurídico llevado a cabo en esta investigación permite concluir que existe una tendencia hacia la comunitarización de la ejecución del mandato de vigilancia fronteriza contenido en el artículo 13 del Código de Fronteras Schengen. Tendencia que terminará por consumarse si la Unión Europea, a través de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, continúa asumiendo potestades en este ámbito cuya ejecución, en un principio, correspondía a los Estados miembros.

## **ABSTRACT**

This study provides a legal analysis of the European Union's border surveillance activity to help understand the problems arising from the humanitarian and migration crisis, and to put forward solutions to some of them. Specifically, one of the matters it addresses is the impact of secondary movements of migrants on the functioning of the Schengen Area and the apparent incompatibility between each State's sovereign law in determining who enters its territory and its observance of the human rights of migrants wishing to enter it.

In order to achieve the study's objective, the legal analysis of border surveillance has been organized into four blocks. The first one describes the conceptual scope of border surveillance activity and in doing so explains the peculiarities of the European model of borders, the way competences are shared between the European Union and the Member States, and the concept of the activity of border surveillance based on an analysis of the powers involved in such a concept. The second block gives a detailed study of national implementation of Article 13 of the Schengen Borders Code, using the Spanish and Italian legal systems as a reference, and the distinction between land and sea borders as the criterion for classification. As regards the sea borders, the study pays special attention to the enormous influence of sea rescue operations on the surveillance of such borders. The third block deals with exercising the same Article 13 of the Schengen Borders Code, but this time within the context of operational cooperation among the Member States coordinated by the European Border and Coast Guard Agency. Lastly, given the relevance of the latter agency due to the migration crisis and the gradual reinforcement of said agency's mandate, the fourth block provides an analysis of the powers conferred upon the European Border and Coast Guard Agency to ensure the effectiveness of the EU's *acquis* as regards border control.

The legal analysis carried out in this study concludes that there is a trend towards the communitarization of the implementation of the border surveillance mandate contained in Article 13 of the Schengen Borders Code. This trend will end up becoming the norm if the European Union through the European Border and Coast Guard Agency continues to take on powers in this area that whose exercise used to correspond to the Member States.



## RIASSUNTO

Il Codice Frontiere Schengen, all'articolo 13, par. 1, prevede che «La sorveglianza [alle frontiere esterne dell'Unione] si prefigge principalmente lo scopo di impedire l'attraversamento non autorizzato della frontiera, di lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente».

L'obiettivo della presente tesi è quello di realizzare, partendo da questa unica disposizione del Codice Frontiere Schengen in materia di sorveglianza delle frontiere, un'analisi giuridica di tale attività che consenta di comprendere e, per quanto possibile, proporre soluzioni utili per far fronte ad alcuni dei problemi derivanti dalla crisi migratoria nell'Unione europea. Ci riferiamo, ad esempio, all'apparente incompatibilità tra il diritto sovrano di ogni Stato di determinare chi entra nel suo territorio e il rispetto dei diritti umani dei migranti che cercano di accedervi; all'impatto dei «movimenti secondari» di migranti sul funzionamento dello spazio Schengen e sul principio della libera circolazione delle persone all'interno di tale spazio; agli ostacoli che impediscono agli Stati membri di espellere dal loro territorio le persone che non hanno il diritto di soggiornarvi; alla dipendenza degli Stati terzi dal controllo dei flussi di migranti che intendono raggiungere lo spazio Schengen e all'apparente perdita di sovranità degli Stati membri nel controllo delle rispettive frontiere derivante dal rafforzamento del mandato dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex).

Per affrontare questi problemi, nel capitolo I vengono analizzate le particolarità del campo di applicazione territoriale dell'articolo 13 del Codice Frontiere Schengen: le frontiere esterne dell'Unione Europea. Il modello europeo di frontiere ereditato dagli accordi di Schengen presenta caratteristiche proprie ed esclusive rispetto al modello tradizionale di frontiere degli Stati, che condizionano l'esercizio dei poteri di sorveglianza. In primo luogo, perché gli Stati membri hanno abolito tra di loro i controlli alle frontiere interne per trasferirli alle frontiere esterne dell'Unione con Stati terzi, creando un sistema in cui, quando gli Stati membri sorvegliano le frontiere con gli Stati terzi, controllano anche, *de facto*, le frontiere esterne degli altri Stati membri dello spazio Schengen, agendo per conto o al servizio di questi ultimi. In secondo luogo, perché la crisi migratoria dell'ultimo decennio ha fatto sì che la sorveglianza non si realizzasse solo sulla linea fisica o geografica che rappresenta la frontiera esterna dell'Unione, ma che la stessa sia stata delocalizzata (tanto da essere esercitata, a seconda dei casi, all'esterno o

all'interno del territorio statale) trasformando questa frontiera in una delimitazione che obbedisce più a criteri operativi che geografici.

A causa dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne, è stato inoltre necessario che gli Stati membri attribuissero all'Unione talune competenze per disciplinare, in modo congiunto e armonizzato, le misure di accompagnamento alla libera circolazione. Ciò ha portato all'attribuzione di competenze volte a consentire la gestione integrata delle frontiere esterne, competenze la cui analisi è affrontata nel capitolo II con la finalità di determinare la ripartizione dei rispettivi ambiti di intervento riconosciuti all'Unione europea ed agli Stati membri. Alla luce dell'esame degli atti di diritto derivato adottati al fine di dare attuazione alle predette competenze, la conclusione ottenuta è che, in un primo momento, l'Unione esercitava le competenze legislative e determinate competenze esecutive di carattere trasversale (coordinamento della cooperazione operativa tra Stati membri), mentre gli Stati membri si occupavano dell'esecuzione operativa delle attività di controllo frontaliero, tra cui la sorveglianza. Questo modello di ripartizione delle competenze era, inoltre, coerente con il principio secondo cui spetta agli Stati membri mantenere la sicurezza interna e l'ordine pubblico, data la stretta connessione di questi concetti con il controllo frontaliero. Tuttavia, questa situazione è cambiata negli ultimi anni: dopo l'ultimo rafforzamento del mandato dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nel 2019, parte del personale statutario dell'Agenzia ha competenze esecutive in materia di controllo frontaliero in posizione di parità con le guardie di frontiera nazionali. Ciò ha comportato una significativa modifica nella ripartizione delle competenze operative in materia di controllo di frontiera.

Dopo aver analizzato il contesto territoriale e l'ambito delle competenze rilevanti in materia, nel capitolo III si è cercato di delimitare il concetto di sorveglianza frontaliera e di determinare i poteri amministrativi che sono inerenti a tale attività. Data l'assenza di una regolamentazione giuridica in materia di sorveglianza tanto nel Codice Frontiere Schengen quanto negli ordinamenti giuridici nazionali (perlomeno in quello spagnolo e italiano), la metodologia utilizzata per conseguire questi obiettivi è stata quella di prendere come riferimento il Regolamento n. 656/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. Si è tentato, inoltre, di cercare parallelismi tra le pratiche derivanti

dall'applicazione nazionale dell'articolo 13 del Codice Frontiere Schengen e gli istituti classici dell'attività amministrativa di limitazione (in particolare l'ispezione e la coercizione diretta).

Ciò ha fatto emergere la necessità di distinguere, nell'ambito della sorveglianza frontaliera, due attività amministrative di diversa natura per poter comprendere adeguatamente il loro regime giuridico; la prima è volta a prevenire gli attraversamenti irregolari della frontiera esterna (localizzazione) e la seconda è orientata a porre in essere misure di contrasto rispetto a tali attraversamenti, tanto consumati quanto tentati (intercettazione). È quest'ultima modalità di sorveglianza che, per essere stata utilizzata dagli Stati membri in sostituzione dei dinieghi di ingresso formali e delle procedure di espulsione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali, desta maggiori preoccupazioni in relazione ai diritti umani dei migranti.

Data la suddetta mancanza di un quadro giuridico per l'esecuzione a livello nazionale dei poteri inerenti alla sorveglianza, i capitoli IV e V dell'elaborato sono destinati a colmare tale lacuna attraverso una ricostruzione del regime di garanzie applicabili alla sorveglianza delle frontiere esterne dell'Unione, rispettivamente terrestri e marittime. Tenendo conto della natura mista dei flussi migratori, per procedere a tale ricostruzione è stata prestata particolare attenzione alle disposizioni della direttiva procedure (n. 2013/32/UE) e della direttiva rimpatrii (n. 2008/115/CE).

Oltre alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'esistenza di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla compatibilità delle misure d'intercettazione con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha fatto sì che questa Convenzione assumesse un ruolo centrale nella nostra analisi.

La ricostruzione del regime giuridico delle garanzie vigenti in materia di intercettazione è stata realizzata senza trascurare l'importanza delle operazioni di salvataggio nel contesto della sorveglianza delle frontiere marittime dell'Unione. In particolare, nel capitolo VI viene analizzato il fenomeno della trasformazione delle operazioni di sorveglianza marittima in operazioni di salvataggio e le conseguenze che ne derivano per i diritti umani delle persone salvate. Il capitolo in questione ha altresì l'obiettivo di comprendere se l'istituto dell'abuso del diritto sia applicabile alle situazioni in cui i migranti rischiano la vita intraprendendo un pericoloso viaggio sapendo che, se soccorsi, sbarcheranno - nella maggior parte dei casi - sul territorio dell'Unione europea.

Per cercare di risolvere tale dubbio, è stato essenziale distinguere tra migranti che si imbarcano per chiedere protezione internazionale e quelli che invece viaggiano per altri motivi (migranti economici).

Data la crescente importanza di Frontex nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione, ci si è interrogati inoltre sull'evoluzione dell'Agenzia al fine di determinare se, in concreto, il rafforzamento del suo mandato è sintomo di una trasformazione nel modello di controllo delle frontiere esterne dell'Unione europea. Per rispondere a questo interrogativo, ci si è anzitutto soffermati sulle diverse modalità di cooperazione operativa coordinate dall'Agenzia, su coloro dai quali dipende la sua attuazione e sulle fonti da cui provengono i mezzi tecnici e umani che si dispiegano sotto il suo coordinamento (Capitolo VII). In secondo luogo, nel capitolo VIII è stato compiuto un esame approfondito del regime giuridico delle operazioni di sorveglianza coordinate dall'Agenzia e stabilite nel citato regolamento 656/2014 recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. Tale regolamento, oltre ad essere stato fondamentale per la definizione del concetto e dei poteri inerenti alla sorveglianza (capitolo III), ha consentito di conoscere le funzioni inerenti al potere di coordinamento della cooperazione operativa facenti capo all'Agenzia.

Infine, nel capitolo IX sono stati analizzati i poteri esecutivi conferiti all'Agenzia al fine di garantire l'efficacia del diritto dell'Unione in materia di controllo frontaliero: la supervisione della gestione effettuata da parte degli Stati membri alle rispettive frontiere esterne e la reazione di fronte alle carenze e alle inadempienze segnalate dai meccanismi di valutazione dell'Agenzia. L'Agenzia è passata dal tenere un ruolo di mero coordinatore della cooperazione operativa degli Stati membri a detenere il potere di condizionare la sua pianificazione strategica in materia di controllo frontaliero, controllare la gestione effettuata sulle sue frontiere e imporre loro l'adozione di determinate misure. Stando così le cose, sembra quindi che si possa parlare di una tendenza alla sovra-nazionalizzazione della gestione delle frontiere esterne. Inoltre, tale tendenza non si limiterebbe soltanto al livello della gestione dato che è previsto che i funzionari dell'Agenzia possano esercitare funzioni esecutive di controllo frontaliero nell'ambito di operazioni coordinate dall'Agenzia o, con decisione del Consiglio, guidate da essa. Non è avventato, pertanto,

parlare di comunitarizzazione dell'esecuzione operativa dell'attività di controllo alle frontiere esterne.

## INTRODUCCIÓN

En 1999, en las Conclusiones del Consejo de Tampere, se dispuso que la libertad alcanzada en Europa como espacio de paz y prosperidad «no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión, [ya que] ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada»<sup>1</sup>. Es precisamente ese incontenible poder de atracción que ejerce la Unión Europea sobre aquellos que anhelan paz, prosperidad y libertad, el que ha puesto en jaque, por encima de cualquier otro tipo de circunstancia, el modelo europeo de fronteras.

Cuanto mayor es la inestabilidad en los terceros Estados que rodean a la Unión Europea, mayor es el poder de atracción que esta última ejerce sobre sus habitantes. Por este motivo, a raíz de la Primavera Árabe, las fronteras exteriores de la Unión se han convertido en el escenario de la mayor crisis humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial. Solo en el año 2015, punto álgido de la crisis migratoria, se registraron 1.830.000 cruces irregulares en las fronteras exteriores de la Unión, 4.054 fallecimientos de personas que trataban de alcanzar territorio europeo y 1.300.000 solicitudes de protección internacional. En el año 2016, el número de cruces irregulares se redujo a 511.371, mientras que los fallecimientos aumentaron y el número de solicitudes de protección internacional se mantuvo. Desde entonces, las cifras no han dejado de disminuir; no obstante, en el año 2019 aún continuaban muy por encima de los datos registrados en 2010, antes de que las consecuencias de la Primavera Árabe se hicieran notar en la Unión Europea<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Conclusiones del Consejo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 3. DOUE n.º 10/1999, C 59.

<sup>2</sup> Los datos citados se han extraído de distintas fuentes;

- Número de cruces irregulares:
  - Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, *Frontex Annual Report*, para los años 2015-2017 [Disponible en: <https://frontex.europa.eu/publications/?pq=&year=&category=general> (Consultado por última vez el 13/07/2020)];
  - Organización Internacional de las Migraciones, *Missing Migrants Project*, para los años 2018-2019 [Disponible en: <https://missingmigrants.iom.int/> (Consultado por última vez el 13/07/2020)].
- Número de fallecimientos de migrantes en ruta hacia la Unión Europea registrados: Organización Internacional de las Migraciones, *Missing Migrants Project*.
- Número de solicitudes de protección internacional:
  - Eurostat, *Estadísticas de asilo*, para los años 2010-2018 [Disponible en: [https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Asylum\\_statistics/es#N.C3.BAmero\\_de\\_solicitantes\\_de\\_asilo:\\_descenso\\_en\\_2018](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Asylum_statistics/es#N.C3.BAmero_de_solicitantes_de_asilo:_descenso_en_2018) (Consultado por última vez el 13/07/2020)];

La incapacidad de los Estados miembros para hacer frente a semejantes cifras durante varios años consecutivos ha provocado un impacto estructural y permanente en la Unión Europea, afectando a los ámbitos político, jurídico, económico e incluso social. Ningún acontecimiento histórico ha puesto tanto en riesgo la esencia de la Unión Europea como lo ha hecho la crisis migratoria, ni siquiera la crisis económica de 2008. La afluencia masiva y sostenida de migrantes ha puesto en tela de juicio los valores que cimientan la Unión Europea, como el respeto a la dignidad y a los derechos humanos. Prueba de ello es que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han condenado a varios Estados miembros por el incumplimiento del principio de no devolución, en unas ocasiones por trasladar a los migrantes a terceros Estados (STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*), y en otras por devolverlos a otros Estados miembros donde corrían peligro de sufrir tratos inhumanos o degradantes por las deficiencias existentes en sus sistemas de acogida (STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Grecia y Bélgica*; STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarhkel c. Suiza*; STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S y M.E*, asuntos acumulados C 411/10 y C 493/10).

No obstante, los nacionales de terceros Estados no han sido los únicos damnificados por la crisis migratoria, ya que esta última también ha afectado a los principios que vertebran la integración, como la libre circulación de ciudadanos de la Unión entre Estados miembros. Entre septiembre de 2015 y septiembre de 2017, los controles fronterizos entre Estados miembros se restablecieron y prorrogaron casi 50 veces (frente a los 36 casos de restablecimiento de controles fronterizos en el periodo 2006-2015)<sup>3</sup>. Ello constituye un síntoma de la desconfianza entre Estados miembros en lo que respecta al control de las fronteras exteriores comunes. Desconfianza que ha ido acompañada de una considerable falta de solidaridad, constatada recientemente por el

---

- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Más que cifras*, para el año 2019 [Disponible en <http://masquecifras.org/#solicitantes-protint> (Consultado por última vez el 13/07/2020)].

De una lectura conjunta de las fuentes se desprende que, desde el inicio de la crisis migratoria hasta la actualidad, los Estados miembros en los que se ha registrado un mayor número de cruces irregulares son Grecia e Italia. En los años 2019 y 2020, España ha registrado un mayor número de cruces irregulares que Italia, lo cual puede atribuirse al cambio de rumbo de la política migratoria italiana desde el nombramiento de Matteo Salvini como Ministro de Interior. Por su parte, el Estado miembro que registra un mayor número de solicitudes de asilo es Alemania. Por ejemplo, en el año 2019 acumuló el 28% del total de solicitudes realizadas en la Unión Europea (587.579), seguida de Francia (22%) y España (20%).

<sup>3</sup> Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores [COM (2017) 571 final], p. 2.

propio TJUE mediante su condena a Polonia, Hungría y República Checa por el incumplimiento de sus obligaciones relativas a la acogida de refugiados<sup>4</sup> y también por la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Agencia GEFC), la cual ha tenido que ser reforzada con personal propio con competencias en materia de control fronterizo ante la falta de contribuciones de guardias fronterizos nacionales<sup>5</sup>.

La crisis migratoria no solo ha generado desconfianza entre los Estados miembros, también ha afectado a las relaciones entre estos últimos y las ONG. Casos como el *Aquarius* o el *Ocean Viking* han acaparado las portadas de los periódicos internacionales como consecuencia de los procedimientos judiciales iniciados contra las ONG que han rescatado migrantes en el Mediterráneo provocando lo que algunos Estados miembros han denominado «efecto llamada». A nuestro entender, todos estos factores hacen necesario realizar una investigación cuyo objeto sea el control fronterizo de los flujos migratorios en la Unión Europea.

De las dos modalidades de control fronterizo, inspección y vigilancia, la vigilancia es la que más protagonismo ha cobrado durante la crisis migratoria, dado que su objeto principal es impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente [artículo 13.1 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen 2016)]. El objetivo de esta investigación es realizar, partiendo de este único precepto del Código de Fronteras Schengen 2016 en materia de vigilancia fronteriza, un análisis jurídico de esta actividad que permita comprender y, dentro de lo posible, solucionar algunas de las cuestiones a las que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes.

---

<sup>4</sup> STJUE de 2 de abril de 2020, *Comisión c. Polonia (Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale)*, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17. Las obligaciones incumplidas por los tres Estados miembros están contenidas en la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia, y en la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia.

<sup>5</sup> La incorporación de personal estatutario, propio y estable, con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo se ha articulado mediante el Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas.



Para la consecución del objetivo perseguido por la investigación, el análisis jurídico de la institución de la vigilancia fronteriza se ha estructurado en cuatro bloques y nueve capítulos.

Dentro del primer bloque, relativo al marco conceptual de la actividad de vigilancia fronteriza, en el Capítulo I se comenzará analizando las particularidades del ámbito de aplicación espacial del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen 2016: las fronteras exteriores de la Unión Europea. El modelo europeo de fronteras, heredado de los Acuerdos Schengen, presenta unas características propias y exclusivas, frente al modelo tradicional de fronteras de los Estados, que condicionan el ejercicio de las potestades de vigilancia. En primer lugar, porque los Estados miembros han suprimido los controles fronterizos internos entre ellos para trasladarlos a las fronteras exteriores de la Unión con terceros Estados, dando lugar a un sistema en el que, cuando los Estados miembros vigilan sus respectivas fronteras con terceros Estados, también están vigilando, *de facto*, las fronteras exteriores de los demás Estados miembros del Espacio Schengen, actuando por cuenta o al servicio de estos. En segundo lugar, porque la crisis migratoria de la última década ha provocado que la vigilancia no se realice solo en la línea física o geográfica que representa la frontera exterior de la Unión, sino que la vigilancia se ha deslocalizado (extraterritorializándose o desterritorializándose internamente), convirtiendo dicha frontera en una delimitación que obedece más a criterios operativos que geográficos.

Debido a la supresión de los controles fronterizos internos, también fue necesario que los Estados miembros atribuyeran determinadas competencias a la Unión para regular, de forma conjunta y armonizada, las medidas de acompañamiento a la libre circulación. Ello dio lugar al nacimiento de una Política común de fronteras exteriores, política cuyo análisis será abordado en el Capítulo II con la finalidad de determinar cómo se distribuyen las competencias en materia de vigilancia fronteriza entre la Unión Europea y los Estados miembros. En un primer momento, cuando el objetivo principal de la mencionada política era exclusivamente garantizar el control de las fronteras exteriores, la Unión ejercía las competencias legislativas y determinadas potestades ejecutivas de carácter transversal (v.g.: coordinación de la cooperación operativa entre Estados miembros), mientras que los Estados miembros se encargaban de la ejecución operativa de las actividades de control fronterizo, entre ellas la vigilancia. Este modelo era, además, coherente con el principio de que corresponde a los Estados miembros el mantenimiento

de la seguridad interior y el orden público, dada la estrecha vinculación de estos conceptos con el control fronterizo. Sin embargo, comprobaremos que, bajo el paraguas del nuevo objetivo incorporado al TFUE relativo al establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.1 c) TFUE], el ejercicio de las potestades ejecutivas en materia de vigilancia ha variado considerablemente: tras el último refuerzo del mandato de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas en 2019, parte de su personal estatutario tiene atribuidas competencias ejecutivas en materia de control fronterizo, en paridad con los guardias fronterizos nacionales.

Una vez analizado el contexto espacial y competencial en el que se desenvuelve la actividad objeto de análisis, en el último capítulo del primer bloque (Capítulo III) se tratará de delimitar el concepto de vigilancia fronteriza y de determinar las potestades administrativas que son inherentes a esta actividad. Dada la ausencia de una regulación jurídica en materia de vigilancia, tanto en el Código de Fronteras Schengen 2016 como en los ordenamientos jurídicos nacionales (al menos, en el español y el italiano), la metodología empleada para alcanzar estos objetivos será tomar como referencia el Reglamento n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Frontex, y tratar de buscar paralelismos entre las prácticas derivadas de la ejecución nacional del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen 2016 y las instituciones clásicas de la actividad administrativa de limitación (en concreto, la inspección y la coacción directa).

Teniendo en cuenta las carencias normativas en lo que respecta al ejercicio nacional de las potestades inherentes a la vigilancia, el segundo bloque de nuestra investigación está destinado a suplir esa insuficiencia mediante la construcción del régimen de garantías aplicable a la vigilancia de las fronteras exteriores de la Unión. En concreto, el Capítulo IV se centrará en la concreción de dichas garantías en el contexto de la ejecución del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen 2016 en las fronteras exteriores terrestres (con especial referencia a la española) y el Capítulo V hará lo propio con las fronteras exteriores marítimas.

Una de las principales características de la crisis migratoria ha sido la naturaleza mixta de los flujos de nacionales de terceros Estados que pretenden alcanzar el territorio de la Unión Europea. Es decir, dentro de los mismos puede diferenciarse entre aquellas personas que emigran con la intención de solicitar protección internacional en un Estado

miembro y aquellas otras que lo hacen por otros motivos (v.g.: buscando una mayor prosperidad económica). Dado que los motivos que los mueven son distintos, el régimen jurídico que les resulta de aplicación también es distinto. Por ello, en el Capítulo IV y en el Capítulo V se prestará especial atención a las previsiones de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Directiva sobre Procedimientos de Asilo), y a las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva Retorno).

Además de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la existencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la compatibilidad de las medidas de vigilancia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, motiva que este Convenio cobre un especial protagonismo en nuestro análisis.

Esta construcción del régimen jurídico de garantías en materia de vigilancia se realizará sin pasar por alto la relevancia de las operaciones de salvamento en el contexto de la vigilancia de las fronteras marítimas de la Unión. Concretamente, el Capítulo VI analizará el fenómeno de la transformación de las operaciones de vigilancia marítima en operaciones de salvamento y las consecuencias que de dicha mutación se derivan para los derechos humanos de las personas rescatadas.

La cada vez mayor relevancia de la Agencia GEFC en la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión ha motivado que el objeto de los bloques III y IV de la investigación sea analizar su evolución para tratar de determinar si, efectivamente, el refuerzo de su mandato es síntoma de una transformación en el modelo de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Para responder a esta cuestión, en el bloque III se estudiará la mutación que desde sus orígenes ha sufrido la potestad de la Agencia Frontex relativa a la coordinación de la cooperación operativa entre Estados miembros en materia de control fronterizo. En concreto, en el Capítulo VII se expondrá la variación en el tiempo de la regulación correspondiente a las distintas modalidades de cooperación operativa, de quién depende su puesta en marcha y de dónde provienen los medios técnicos y humanos que se despliegan bajo la coordinación de la mencionada Agencia. En segundo lugar, en el Capítulo VIII se realizará un estudio del régimen jurídico de las operaciones de vigilancia coordinadas por la citada Agencia y establecido en el

mencionado Reglamento n.º 656/2014, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Frontex. Ello permitirá, además de conocer sucintamente el contenido de la potestad de coordinación atribuida a esta última, realizar un análisis comparativo entre el régimen de garantías aplicable a la ejecución nacional del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen 2016 (bloque II) y el correspondiente a la ejecución del mismo precepto, pero en el contexto de una cooperación operativa entre varios Estados miembros coordinada por la Agencia Frontex.

Por último, en el bloque IV (compuesto exclusivamente por el Capítulo IX) se analizarán las potestades de la Agencia GEFC para supervisar la gestión llevada a cabo por los Estados miembros en sus respectivas fronteras exteriores y para reaccionar ante las deficiencias e incumplimientos desvelados por dicha supervisión. Al contrario que la coordinación de la cooperación operativa, potestad atribuida a la Agencia Frontex desde su mismo nacimiento, las potestades que serán analizadas en el Capítulo IX fueron incorporadas a su Reglamento de constitución a raíz de la crisis migratoria (en concreto, en el año 2016). Estas últimas fueron configuradas con el objetivo de subsanar las consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones en materia de control fronterizo por parte de los Estados miembros y garantizar la efectividad del Derecho de la Unión en este ámbito. Este es el motivo que explica su estudio diferenciado e independiente respecto a la coordinación de la cooperación operativa.

Hasta el momento, la doctrina se ha ocupado de denunciar las vulneraciones de derechos humanos derivadas de la actividad de vigilancia fronteriza. Sin embargo, como se podrá comprobar a lo largo de esta investigación, un análisis en profundidad de dicha actividad permite aportar soluciones para compatibilizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes con el derecho soberano de todo Estado a determinar quién puede entrar en su territorio y a expulsar del mismo a quien no cumpla las condiciones para permanecer en él. Además, se tratará de demostrar que la comunitarización de la gestión y el control de las fronteras exteriores de la Unión Europea facilita esta conciliación.

**BLOQUE I**

**ORIGEN, REGULACIÓN Y  
EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA  
EUROPEA DE CONTROL DE LAS  
FRONTERAS EXTERIORES SOBRE  
LOS FLUJOS MIGRATORIOS.  
ESPECIAL REFERENCIA A LA  
VIGILANCIA FRONTERIZA**

# **CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA E IMPLICACIONES PARA EL CONTROL MIGRATORIO. EL MODELO EUROPEO DE FRONTERAS**

## **1. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA FRONTERA**

El trabajo de investigación que nos disponemos a realizar tiene por objeto esencial las fronteras. En concreto, la actividad de vigilancia fronteriza en relación con los flujos migratorios que se producen hacia un espacio determinado, la Unión Europea. Entendemos que, por razones de sistematización, antes de proceder al análisis del régimen jurídico de la vigilancia fronteriza es esencial estudiar el ámbito espacial sobre el que se ejerce dicha potestad: las fronteras. Al respecto, el hecho de que el territorio objeto de esta investigación sea el de los Estados miembros de la Unión Europea hace imprescindible plantear cómo el concepto tradicional de frontera se ha visto afectado por los procesos de integración anudados a la mencionada organización supranacional. Como se comprobará con posterioridad, la redefinición de las fronteras en el ámbito europeo afecta irremediabilmente al ejercicio de la potestad de vigilancia sobre las mismas.

### **1.1 El concepto tradicional de frontera**

Tradicionalmente, la frontera ha integrado el concepto jurídico-político de Estado<sup>6</sup>. Tal afirmación deriva de concebir el Estado como una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio<sup>7</sup>. De ahí que exista acuerdo generalizado doctrinal en que los elementos constitutivos de la noción jurídica de Estado sean el pueblo, la soberanía y el territorio. Centrándonos en este último, el territorio puede definirse como la esfera espacial en la que el Estado ejerce su jurisdicción (espacio terrestre, marítimo y aéreo)<sup>8</sup>; esfera cuyos límites vienen representados por las fronteras. La frontera, por tanto, no conforma por sí misma uno de los elementos constitutivos del Estado, sino que adquiere tal consideración por su inquebrantable vinculación con el territorio. Como afirma DÍEZ DE VELASCO,

---

<sup>6</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12, 2002, p. 300.

<sup>7</sup> Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2000, p. 175.

<sup>8</sup> Ello no obsta a que el Derecho Internacional admita y reconozca la existencia de «prolongaciones» del territorio donde el Estado puede ejercer jurisdicción, como es el caso de los buques, las aeronaves y las representaciones diplomáticas en el extranjero. En estos casos hablamos de jurisdicción extraterritorial.

definir un territorio es definir sus fronteras<sup>9</sup>. En cualquier caso, ya sea de forma directa o indirecta, puede afirmarse que tradicionalmente el concepto de frontera ha estado indisolublemente unido al de Estado. De hecho, el diccionario de la Real Academia Española define la frontera en su cuarta acepción como «Confín de un Estado».

Desde sus orígenes, la institución de la frontera ha respondido a diferentes concepciones que, sintéticamente, pueden agruparse en dos modelos que se han sucedido cronológicamente<sup>10</sup>. En primer lugar, surgió el modelo de frontera-zona, ya desaparecido según DEL VALLE GÁLVEZ<sup>11</sup>. De acuerdo con esta concepción, la frontera se consideraba una dimensión espacial o liminar, es decir, la frontera era «un área entre los territorios de dos Estados, de extensión variable y con un régimen no muy definido»<sup>12</sup>. Al anterior modelo le sucedió el de frontera lineal (también llamado westfaliano)<sup>13</sup>, de acuerdo con el cual la frontera sería una línea longitudinal en la que destaca «su función demarcatoria para determinar el ámbito espacial en el que un Estado ejerce sus competencias con efectos *erga omnes* por atribución del Derecho Internacional general»<sup>14</sup>. Destacando la diferencia esencial entre ambas concepciones, REMACHA señala que «la frontera en

---

<sup>9</sup> Manuel Díez DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 244.

<sup>10</sup> Sobre los orígenes de la frontera, afirma BUENO DELGADO que «el término *limes* fue empleado en la antigua Roma para designar el sendero que transcurre entre dos fundos contiguos; o bien la línea divisoria que separaba ambos terrenos, es decir, el linde o lindero (...). Con el tiempo, el *limes* adquirió significado militar y se empleó para señalar la línea defensiva formada naturalmente por ríos, mares, montañas, desiertos y otros accidentes geográficos y artificialmente por el complejo entramado de obras y fortificaciones que se construyeron para proteger el territorio romano: *limes imperii*. Finalmente, en la Roma imperial, el uso del vocablo adquirió una nueva dimensión, asimilándolo a frontera como límite visible que marca el ámbito espacial del territorio en sus confines exteriores», Juan Antonio BUENO DELGADO, «Del limes romano al Espacio Schengen», en Almudena DELGADO BARRIOS (Coord.), *Conflictos y cicatrices, fronteras y migraciones en el mundo hispánico*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 51 y 52.

<sup>11</sup> Según este autor, en este modelo pueden agruparse los modos de delimitación fronteriza de los pueblos de la Antigüedad, del mundo romano y de la Edad Media. En estos casos «la delimitación se hacía por referencia a accidentes geográficos o a amplias zonas de baja densidad de población cuyas funciones eran principalmente -aunque no solo- de seguridad y prevención militar», Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 302.

<sup>12</sup> Modesto SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 2004, pp. 247-248, *apud* Juan Carlos ARRIAGA RODRÍGUEZ, «El concepto jurídico de frontera», en Juan Carlos ARRIAGA RODRÍGUEZ y Tania CAMAL CHULEJA (Compiladores), *Memorias XII Seminario Internacional de Verano Caribe, Economía, Política y Sociedad*, Universidad de Quintana Ro, México, 2011, p. 484.

<sup>13</sup> Con los Tratados de Westafaila de 24 de octubre de 1648 se instaura un nuevo orden territorial en Europa basado en la soberanía nacional y en la integridad territorial que da lugar a las Naciones-Estado. Según RUDOLPH «con el sistema Westfaliano, las fronteras claramente delimitaban lo que estaba fuera de lo que estaba dentro y establecían la última autoridad del Estado en el interior de sus dominios», Christopher RUDOLPH, «Sovereignty and Territorial Borders in a global age», *International Studies Review*, n.º 7, 2005, p. 4.

<sup>14</sup> José Ramón REMACHA, «Las fronteras de la Unión Europea (El papel de las fronteras en el ordenamiento jurídico comunitario)», *Anuario de Derecho Europeo*, n.º 1, 2001, p. 108.

sentido liminar es algo vivo, al contrario que la dimensión linear, que es y debe ser estática»<sup>15</sup>.

Tomando como referencia el modelo de frontera lineal, más acorde al actual contexto histórico y al Estado moderno, la frontera puede ser definida como «una línea permanente que establece el límite de las competencias territoriales de los Estados»<sup>16</sup>. Partiendo de la definición anterior, DEL VALLE GÁLVEZ descompone el concepto jurídico de frontera en un hecho objetivo (el trazado de la línea), una finalidad esencial (establecer límites) y un sujeto autor y destinatario, tanto del hecho como de la finalidad (el Estado)<sup>17</sup>. Coincidimos con este autor en que un adecuado análisis jurídico de la institución fronteriza exige distinguir el trazado de la línea de las funciones que aquella cumple, motivo por el cual en los siguientes epígrafes se estudiarán separadamente el procedimiento de fijación o señalamiento de las fronteras (epígrafe 1.2) y las funciones de esta última (epígrafe 1.3).

## 1.2 La fijación de las fronteras (demarcación y delimitación)

El trazado de la frontera es «una línea completa, estable y permanente que se establece por los Estados interesados, si bien resulta oponible y objetiva para terceros»<sup>18</sup>. Este trazado, que circunscribe el ámbito territorial de jurisdicción estatal, es fruto de dos procedimientos: delimitación y demarcación.

La delimitación fronteriza es un proceso, normalmente de carácter diplomático, mediante el cual se determina el emplazamiento de la frontera y se precisa la extensión espacial del poder estatal<sup>19</sup>. Consiste, en definitiva, en el señalamiento abstracto de la frontera mediante un acto de naturaleza jurídico-política, en virtud del cual «dos Estados acuerdan fijar en un tratado de límites la extensión y dirección de la línea de frontera que separará sus respectivos territorios»<sup>20</sup>. Gráficamente, ARRIAGA RODRÍGUEZ compara la delimitación de la frontera con la proyección de «una especie de gran cortina filosa que corta el territorio de un Estado, desde el espacio aéreo hasta el subsuelo»<sup>21</sup>. Para proceder a la delimitación de sus fronteras, los Estados tienen a su disposición toda una serie de

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 108 y 109.

<sup>16</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 303.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>19</sup> Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN, «Frontera», en Román REYES (Dir.), *Diccionario Crítico de las Ciencias Sociales*, Vol. II, Plaza y Valdés, Madrid y México, 2009, pp. 1326 y 1327.

<sup>20</sup> Juan Carlos ARRIAGA RODRÍGUEZ, «El concepto jurídico de frontera», cit., p. 487.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 486.



criterios. Los tradicionalmente más utilizados son los naturales y los artificiales. Mientras los primeros toman como referencia los caracteres geomorfológicos del terreno (ríos, cordilleras, estrechos o lagos, entre otros), los segundos vienen representados por líneas científicamente proyectadas o construidas (paralelos, meridianos, carreteras, puentes, canales, etc.).

Por su parte, la demarcación consiste en trasladar sobre el terreno los términos de una delimitación previamente acordada. Es decir, concretar o señalar físicamente la frontera sobre el terreno. Al contrario que la delimitación, es un acto de naturaleza material y técnica.

### 1.3 Las funciones de las fronteras

Con carácter general, a las fronteras les corresponde la función de delimitar las esferas políticas, jurídicas y económicas de actuación de las comunidades humanas<sup>22</sup>. Mientras ROUSSEAU destacaba el valor político de las fronteras como factor de paz, de independencia y de seguridad entre los Estados<sup>23</sup>, otros autores han subrayado la importancia de aquellas para la protección de los intereses económicos de los Estados<sup>24</sup>. No obstante, dada la perspectiva desde la que se afronta esta investigación, de ahora en adelante nos centraremos en las funciones que asumen las fronteras desde un punto de vista jurídico. En este sentido, para DEL VALLE GÁLVEZ, las funciones que cumplen las fronteras en el modelo histórico actual son agrupables en tres categorías: la de limitar las competencias territoriales estatales, la de servir de lugar geográfico para el ejercicio de potestades de control del Estado y la de constituir un motivo de cooperación internacional entre dos o más Estados<sup>25</sup>. Por la relevancia que adquieren para el objeto de este trabajo, centraremos el análisis en las dos primeras<sup>26</sup>.

En primer lugar, la frontera, en cuanto límite, tiene la virtualidad esencial de «encuadrar el ámbito de validez primordial de los ordenamientos jurídicos de los Estados

---

<sup>22</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 300.

<sup>23</sup> Charles ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 249, *apud* Carlos ARRIAGA RODRÍGUEZ, «El concepto jurídico de frontera», cit., p. 486.

<sup>24</sup> Cándido CARDIEL OJER, «La frontera exterior: una aproximación al problema de la inmigración ilegal», *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 35, 2007, p. 64.

<sup>25</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., pp. 304 y 305.

<sup>26</sup> Respecto a la cooperación transfronteriza, baste con señalar que en ocasiones la frontera es el núcleo alrededor del cual giran cooperaciones socioeconómicas en ámbitos como las comunicaciones o la explotación de recursos naturales y cooperaciones entre autoridades nacionales, como las policiales.

en la Sociedad Internacional»<sup>27</sup>. Es decir, la línea fronteriza determina el espacio en el que el Estado ejerce su jurisdicción, lo cual constituye, al mismo tiempo, una restricción y una garantía para aquel. Ni un Estado puede extender su soberanía más allá de sus fronteras, ni el resto de Estados pueden intervenir en el ámbito espacial de jurisdicción de aquel, lo cual se materializa en los principios de inviolabilidad territorial, integridad territorial y no intervención. Decíamos que para analizar la institución fronteriza adecuadamente era necesario distinguir su trazado (epígrafe 1.2) de sus funciones (epígrafe 1.3). Pues bien, según DEL VALLE GÁLVEZ, existe una «plena coincidencia entre frontera-línea y frontera-límite de competencias estatales», afirmación que será revisada con posterioridad en relación con el modelo europeo de fronteras<sup>28</sup>.

En segundo lugar, la frontera cumple la función de ser el sitio o emplazamiento geográfico donde el Estado ejerce determinadas potestades de control. Los ordenamientos jurídicos nacionales confieren a los Estados, en virtud de sus competencias soberanas, la posibilidad de controlar la entrada y salida de personas, bienes y servicios en su territorio con la finalidad de proteger sus intereses nacionales. Por ello, normalmente, la normativa aplicable al control fronterizo es la relativa a la seguridad pública, la salud pública, aduanera y de extranjería. Al contrario de lo que, en principio, sucede con la función de frontera-límite, la frontera-lugar de control no coincide siempre con la frontera-línea. Es decir, en determinadas ocasiones, las competencias estatales de control fronterizo no son realizadas en la misma línea fronteriza, sino que se anteponen o posponen con respecto al trazado acordado convencionalmente. Como analizaremos con posterioridad, por motivos de eficacia y rapidez este fenómeno es particularmente frecuente en comunicaciones transfronterizas aéreas, por carretera y ferrocarril. No obstante, conviene anticipar que las comunicaciones transfronterizas no son los únicos casos en los que se produce la mencionada ruptura entre el trazado de la frontera y el lugar de control<sup>29</sup>.

Pese a que DEL VALLE GÁLVEZ afirmaba una «plena coincidencia» entre frontera-línea y frontera-límite, lo cierto es que, en nuestra opinión, cuando se produce una ruptura entre frontera-línea y frontera-lugar de control también puede resultar afectado el primer binomio. Si el control de personas se sitúa dentro del territorio (como por ejemplo sucede con los aeropuertos) no será el caso, ya que la frontera línea seguiría correspondiéndose

---

<sup>27</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 300.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>29</sup> *Vid.*, en este mismo capítulo, el epígrafe 3.2.3 «El modelo europeo de frontera exterior: el concepto operativo de frontera».

con el límite de ejercicio de jurisdicción del Estado. Sin embargo, cuando la frontera se antepone o traslada más allá de la línea acordada internacionalmente, sí que se produce una ruptura entre el control y el trazado que desvirtúa también la relación entre este último y el límite de la jurisdicción. Es decir, en aquellos casos en que existe un control extraterritorial, la jurisdicción del Estado sobrepasa el trazado de la frontera, por lo que irremediablemente este último deja de actuar como confín de las potestades estatales. Ese es el caso de las representaciones diplomáticas, naves, aeronaves y muchos de los controles migratorios que se analizarán con posterioridad.

## **2. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA**

Una vez fijado el concepto de frontera, debemos analizar cómo se aplica este último al ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, con carácter previo resulta esencial exponer sucintamente la evolución del principio de libre circulación dentro de la Unión Europea y la formación del llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, dado que son los principios y procesos consustanciales a la integración los que han dado lugar al denominado modelo europeo de frontera.

### **2.1 El principio de libre circulación desde los orígenes de la Unión Europea hasta el Tratado de Maastricht**

#### **2.1.1 El reconocimiento del principio de libre circulación en los Tratados originarios**

El principio de libre circulación fue reconocido en 1951 en el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) y desde 1957 en los Tratados de Roma<sup>30</sup>. Al tener por finalidad la constitución de un mercado común, se trataba de un principio de carácter esencialmente económico (libre circulación de mercancías, trabajadores, capitales y servicios), que sería posteriormente desarrollado mediante diversos textos de Derecho derivado<sup>31</sup>. Centrándonos en el segundo de ellos, dos eran los

---

<sup>30</sup> Los Tratados de Roma, firmados en la ciudad italiana que les dio nombre el 25 de marzo de 1957, crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Estos Tratados entraron en vigor el 1 de enero de 1958 para sus seis Estados contratantes: Francia, República Federal de Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, los mismos que cinco años antes habían fundado la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). A partir de esta fecha, quedaron constituidas las tres Comunidades Europeas originarias: CECA, CEE y EURATOM.

<sup>31</sup> En lo que interesa a este trabajo, en materia de libre circulación de trabajadores: Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las

requisitos que condicionaban el derecho a la libre circulación y residencia de los trabajadores: ejercitar alguna de las actividades previstas en los Tratados comunitarios y contar con la nacionalidad de algún Estado miembro. Por lo tanto, al inicio de la construcción europea, solo los agentes económicos se beneficiaban de la libertad de circulación de las personas, es decir, el beneficiario de esta libertad quedaba vinculado al ejercicio de una actividad económica. Por todo ello se puede concluir que «no constituía un derecho con un contenido intrínseco completo, sino que se establecía en función de las necesidades que planteaba el establecimiento de un mercado común»<sup>32</sup>.

En cuanto a las formalidades o controles que condicionaban la entrada en el Estado miembro de acogida, ninguna previsión podía encontrarse en los Tratados en aquel momento. Como regla general, los textos de Derecho derivado subordinaron el derecho de acceso a un Estado miembro por parte de los beneficiarios de estas libertades de circulación a la presentación de una tarjeta de identidad o pasaporte válido, sin que los Estados pudieran exigir la obtención de visados o formalidades equivalentes.

Con la finalidad de facilitar el ejercicio de ese derecho a la libre circulación, a partir de la década de los 70 hubo algunos intentos de suavizar los controles fronterizos entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas. La Cumbre de París de 1974 en la que se intentó crear una Unión de Pasaportes<sup>33</sup> o el «Informe Tindemans sobre la

---

medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública; Directiva 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas; Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia; Directiva 75/35/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, por la que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, a los nacionales de cualquier Estado miembro que ejerzan el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad no asalariada; Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes; Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad y Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios.

<sup>32</sup> José Antonio GIRÓN LARRUCEA, *El Sistema Jurídico de la Unión Europea. La reforma realizada por el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 170.

<sup>33</sup> Punto 10 del Comunicado final de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, Boletín CE 12-1974, p. 8.

Unión Europea» de 1976<sup>34</sup> son ejemplos de ello. La Unión de Pasaportes implicaba el establecimiento de un pasaporte uniforme, la armonización de las legislaciones nacionales sobre extranjeros y la abolición de los controles fronterizos dentro de la Comunidad, tanto para los nacionales de los Estados miembros como para los de terceros Estados<sup>35</sup>. Para ello era necesario establecer una normativa común en materia de controles en las fronteras exteriores y adoptar otras medidas compensatorias de la eliminación de controles nacionales (visados, cooperación policial y judicial, etc.), metodología que después inspiraría la regulación del Espacio Schengen. Las medidas compensatorias o de acompañamiento son un conjunto de actuaciones tendentes «a evitar que un espacio unificado sin fronteras interiores pueda convertirse en el paraíso de diversas manifestaciones de criminalidad o delincuencia organizada, terrorismo, tráfico de drogas o tráfico ilícito de cualquier naturaleza»<sup>36</sup>. Por ejemplo, dado que las fronteras exteriores son el cinturón que permite o garantiza que el derecho a la libre circulación en el interior del Espacio Schengen pueda ser ejercido de forma segura y ordenada por parte de las personas que disfrutan de él, su control entra dentro de las denominadas medidas compensatorias o de acompañamiento a la libre circulación. Por su parte, el «Informe Tindemans» también incidía sobre la supresión de los controles en las fronteras interiores como uno de los signos para fomentar la solidaridad europea.

Poco después, el Consejo Europeo de Fontainebleau (25 y 26 de junio de 1984) reiteraba el objetivo de llegar rápidamente a la supresión de todo control fronterizo intracomunitario, a la vez que se encomendaba al Comité *ad hoc* «Europa de los ciudadanos» el estudio de medidas para disminuir la importancia de los puestos fronterizos<sup>37</sup>. Siguiendo esta línea, la Comisión presentó en 1985 una propuesta de Directiva para aligerar los controles basada en el principio de «libre paso de las fronteras interiores» por los nacionales de los Estados miembros que cumplieran las disposiciones comunitarias sobre circulación de personas y mercancías<sup>38</sup>. Por poner un ejemplo significativo, el control de los vehículos quedaría reducido a una inspección visual en el

---

<sup>34</sup> Presentado por el Primer Ministro belga a petición de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Comunidades Europeas el 7 de enero de 1976.

<sup>35</sup> «A Passport Union. Commission report on the implementation of point 1' of the final communiqué issued at the European Summit held in Paris on 9 and 10 december 1974», Boletín CE 7-1975.

<sup>36</sup> Cristina IZQUIERDO SANS, «Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2000, p. 136.

<sup>37</sup> Boletín CE 6-1984, p. 11.

<sup>38</sup> «Proposal for a Council Directive on the easing of controls and formalities applicable to nationals of the Member States when crossing intra-Community borders» [COM (84) 749 final].

puesto fronterizo circulando a velocidad limitada en la que se comprobaría la colocación del llamado «disco verde» en el parabrisas del vehículo. Esto sería entendido como una declaración del interesado de que contaba con la nacionalidad de un Estado miembro y cumplía la legislación sobre libre circulación de personas y mercancías. La mencionada propuesta de Directiva, sin embargo, no prosperó.

Todos estos factores contribuyeron a la construcción de una presunción favorable a la entrada de todos los nacionales de los Estados miembros en el territorio de los demás, llegándose a afirmar que todos los nacionales de los Estados miembros tenían un derecho de acceso al territorio de los demás Estados miembros en el ejercicio de las diferentes libertades reconocidas en el Tratado<sup>39</sup>. Especialmente relevante en este sentido fue la sentencia *Luisi y Carbone*, donde el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas argumentó que «la libertad de prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de servicios a desplazarse a otro Estado miembro con el fin de hacer uso del servicio sin ser obstaculizados por restricciones, ni siquiera en materia de pagos, y que los turistas, los beneficiarios de cuidados médicos y quienes efectúen viajes de estudios o negocios, deben ser considerados como destinatarios de servicios»<sup>40</sup>.

#### 2.1.2 El objetivo del Acta Única Europea, un espacio sin fronteras interiores

Con la reforma introducida por el Acta Única Europea de 1986, concretamente en lo que respecta a su objetivo de realización plena del mercado común como mercado interior de todos los Estados miembros a través de «un espacio sin fronteras interiores», se aborda una nueva concepción de la libre circulación de las personas y de su derecho a residir en el territorio de cualquier Estado miembro<sup>41</sup>. En primer lugar, en la Declaración política de los gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas aneja al Acta se dispuso que «Con objeto de promover la libre circulación de personas,

---

<sup>39</sup> Francisco Javier DONAIRE VILLA. *La Constitución y el Acervo Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 32.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 31 de enero de 1984, *G. Luisi y HG. Carbone c. Ministerio del Tesoro*, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, ap. 16. El Tribunal italiano remitió la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades: «Cuando los viajeros residentes que se desplazan al extranjero con fines de turismo exportan billetes de Estados o de bancos extranjeros, así como títulos de crédito en divisa extranjera, ¿disfrutan, como sujetos del ordenamiento jurídico comunitario, de derechos que los Estados miembros deben respetar en aplicación de las disposiciones directamente aplicables del artículo 106.1 del Tratado, en la medida en que ha lugar a considerar los viajes turísticos dentro del marco de la circulación de servicios y a las transferencias de divisas para cubrir los gastos que aquéllos originan como liberalizadas, por la misma causa que los servicios a los que permiten acceder?».

<sup>41</sup> José Antonio GIRÓN LARRUCEA, *El Sistema Jurídico de la Unión Europea. La reforma realizada por el Tratado de Lisboa*, cit. p. 170.

los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países». Además, el Acta Única Europea incorporó al Tratado de Roma el concepto de mercado interior como espacio sin fronteras interiores para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (artículo 8 A). Por último, también se modificó la redacción del entonces artículo 3 C para vincular el mercado interior con el principio general de libre circulación de personas.

Para el desarrollo de este nuevo *iter* en materia de libre circulación, el Consejo adoptó tres directivas: la Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; la Directiva 90/366/CEE del Consejo relativa al Derecho de residencia de los estudiantes<sup>42</sup> y la Directiva 90/364 relativa al derecho de residencia para los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como para los miembros de sus familias<sup>43</sup>. De esta forma «se extendió el derecho de libre circulación y residencia a amplias capas de población que no encajaban en el hecho económico que permitía la libre circulación a trabajadores y profesionales»<sup>44</sup>. Se trataba de los llamados inactivos laborales (rentistas, jubilados o pensionistas, estudiantes...). En las tres Directivas se extendía el derecho a la familia del inactivo, exigiéndose en contrapartida que el beneficiario y su familia dispusieran de recursos suficientes y seguro de enfermedad a fin de que no se convirtieran en una carga para el Estado miembro de acogida. Mientras tanto, el Tribunal de Justicia seguía abriendo el camino a la libre circulación a personas no amparadas por el Derecho derivado creando un derecho de entrada a un Estado miembro

---

<sup>42</sup> La Directiva 90/366/CEE fue anulada por la STCE de 7 de julio de 1992, *Parlamento Europeo c. Consejo*, as. C-295/90, y años más tarde fue sustituida por la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

<sup>43</sup> Las tres directivas fueron derogadas en bloque por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Esta Directiva, que se mantiene en vigor con múltiples modificaciones, fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que se mantiene igualmente en vigor.

<sup>44</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 156.

para buscar trabajo en él<sup>45</sup> o asentando la consideración de los turistas como destinatarios de los servicios<sup>46</sup>.

En este momento surge también el «Documento de Palma», un informe del Grupo de Coordinadores en materia de libre circulación de personas presentado al Consejo Europeo de Madrid (27 de junio de 1989), en el que se proponían medidas concretas con vistas a la supresión de los controles fronterizos<sup>47</sup>. Estas últimas, que debían ser adoptadas tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros antes del año 1992, eran clasificadas, según su prioridad, en esenciales y deseables. Ambos tipos de medidas se fijaban en relación con las actuaciones en las fronteras exteriores; en las fronteras interiores; en materia de lucha contra el tráfico de drogas; terrorismo; acceso al territorio comunitario; asilo; cooperación en materia penal y civil; y a los elementos que el viajero lleve consigo<sup>48</sup>. En la práctica, se considera que los éxitos más relevantes derivados de la aplicación del «Documento de Palma» fueron el Convenio de Dublín, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas a los Estados miembros, de 15 de junio de 1990<sup>49</sup>, y el proyecto de Convenio de los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo al cruce de las fronteras exteriores.

### 2.1.3 El Tratado de Maastricht y la ciudadanía de la Unión

Con el Tratado de Maastricht (o TUE) se creó la Unión Europea, integradora de las hasta entonces Comunidades Europeas, «completadas con las políticas y formas de

---

<sup>45</sup> STJCE de 26 de febrero de 1991, *Antonissen*, as. 292/89. En este caso, la *High Court of Justice* se preguntaba si la legislación de un Estado miembro podía disponer que se ordenara que un nacional de otro Estado miembro abandonase su territorio si no conseguía un empleo transcurridos seis meses desde que fue admitido en el mencionado territorio. A ello, el TJUE respondió que «al no existir ninguna disposición comunitaria que fije un plazo para la residencia de los nacionales comunitarios en busca de empleo en otro Estado miembro, un plazo de seis meses como el establecido por la legislación nacional a que se refiere el litigio principal no resulta insuficiente, en principio, para permitir a los interesados llegar a conocer, en el Estado miembro de acogida, las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones y a adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados, de manera que tal plazo no menoscaba la eficacia del principio de libre circulación. Sin embargo, si una vez transcurrido dicho plazo el interesado prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado, no podrá ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida», ap. 21.

<sup>46</sup> STJCE de 2 de mayo de 1989, *Cowan c. Trésor public*, as. 186/87, ap.15.

<sup>47</sup> Documento CIRC 3624/89, presentado por el Consejo Europeo reunido en Madrid los días 26 y 27 de junio de 1989, Boletín CE 6-1989, p. 28.

<sup>48</sup> Eduardo VILARIÑO PINTOS, «La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n.º 1, 1994, p. 66.

<sup>49</sup> Origen del actual Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Reglamento Dublín).



cooperación establecidas por el presente Tratado» (artículo A 3 TUE, en su redacción original). Las conferencias intergubernamentales previas al TUE trataron de simbolizar el complejo entramado jurídico creado identificando a la Unión Europea con un templo griego compuesto por tres pilares.

El primer pilar, también conocido como pilar comunitario, estaría formado por las antiguas Comunidades Europeas (CEE, CECA y EURATOM). Todos los tratados constitutivos de las Comunidades se vieron modificados por el TUE, especialmente el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma o TCE), a la que se atribuyeron competencias para crear una Unión Económica y Monetaria. Desde un punto de vista político se debe señalar la introducción, a iniciativa española, de la nueva categoría de la ciudadanía de la Unión como instrumento para «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros» (artículo B TUE en su redacción original; artículo 9 TUE vigente). En virtud de la ciudadanía de la Unión se reconocía a los particulares, entre otros, el derecho a la libertad de circulación y residencia. Desde ese momento, todos los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho de residencia que se ejerce con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones de desarrollo. La libre circulación se convirtió así en un derecho de carácter general, inscrito en el contexto de la regulación de la ciudadanía europea, que considera totalmente libre la circulación de los nacionales de los Estados miembros por el territorio de la Unión y que solo somete la libertad de residencia de un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro a las limitaciones y condiciones previstas en el acervo de la Unión. Este primer pilar constituyó el núcleo de la Unión Europea, siendo apodado como el pilar supranacional, debido a la participación decisiva en la toma de decisiones en su seno y en su control de las llamadas instituciones supranacionales (Comisión, Parlamento Europeo y Tribunal de Justicia). Estas se caracterizan jurídica y materialmente por su independencia de los gobiernos de los Estados miembros, persiguiendo los intereses comunes de la Unión Europea y atendiendo a unos procedimientos especiales para la toma de decisiones.

El segundo pilar que nació con el TUE (Título V) fue el relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Esta fue el resultado de una evolución iniciada en la década de los años setenta con la constitución del modelo de Cooperación Política Europea, aunque no fue hasta Maastricht cuando pasó a tener su denominación actual y a configurarse sus rasgos esenciales. En virtud del artículo 24 TUE en su redacción actual,

«La competencia de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común abarcará todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podría conducir a una defensa común». Partiendo de lo anterior, el ámbito material de la PESC podría acotarse, en un sentido negativo, excluyendo los aspectos relativos a acción exterior regulados en el TFUE (principalmente dentro del Espacio de Libertad y Justicia) y, desde un punto de vista positivo, incluyendo el conjunto de la política exterior de seguridad. Esta última estaría constituida fundamentalmente por aspectos políticos y económicos y, en menor medida, por aspectos militares y de defensa. Este pilar, a diferencia del anterior, fue considerado un pilar intergubernamental, naturaleza que sigue manteniendo, dada la preminencia de los intereses de los Estados miembros y de sus gobiernos, representados en el Consejo Europeo y el Consejo. Este último es la pieza clave sobre la cual pivota todo el sistema de la PESC, ostentando poderes decisorios, iniciativa, poderes de control y de ejecución, en los que es asistido por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

El tercer y último pilar de la construcción europea realizada en Maastricht lo constituyó, como complemento al reconocimiento del derecho a la libre circulación de todos los ciudadanos europeos, la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI). Su regulación se realizó en el Título VI del TUE, cuyos artículos «K» regulaban este pilar también con carácter intergubernamental. La enumeración del citado Título VI cubría el asilo, el cruce de personas por fronteras exteriores y prácticas de controles, la política de inmigración y ciertos aspectos de la política relativa a nacionales de terceros Estados, la lucha contra la toxicomanía y contra la defraudación internacional, la cooperación judicial civil y penal, y la cooperación aduanera y policial. Su régimen jurídico e institucional también conllevaba su exclusión del modelo supranacional y su configuración como una forma de cooperación intergubernamental, al igual que la PESC (segundo pilar).

Entre el segundo y el tercer pilar existían ciertos paralelismos, como la exclusión de la competencia del TJUE y los tipos de instrumentos jurídicos que podían adoptarse en sus respectivos senos (posiciones y acciones comunes, adoptadas por las instituciones de la Unión, y convenios, celebrados directamente entre los Estados miembros). Por su parte, el reformado Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE o Tratado de Roma) se encargaba de regular la política de visados, el único sector de la política migratoria que dependía del nivel comunitario. Pese a los intentos del Tratado de

Maastricht, la estructura de la CAJI no provocó los resultados esperados: las posiciones y acciones comunes pronto se confesaron instrumentos inadecuados para este ámbito y los convenios se catalogaron como lentos e inoperantes<sup>50</sup>.

## 2.2 La constitución del Espacio Schengen

La ciudadanía de la Unión y la proclamación de la libre circulación como un derecho contribuyó a confirmar la necesidad de constituir un espacio sin fronteras interiores. Sin embargo, hasta el Tratado de Maastricht, salvo por la existencia de un marco normativo bastante parco y algunas sentencias del Tribunal de Justicia que facilitaban la libre circulación, los logros de las Comunidades en esta materia consistían más en palabras que en hechos. Baste mencionar que algunas de las propuestas de cooperación ya referidas, como la «Unión de Pasaportes», el «Informe Tindemans» o el «Documento de Palma», finalmente no provocaron la eliminación de las formalidades fronterizas<sup>51</sup>. En definitiva, seguían existiendo fronteras materiales entre los Estados miembros y su eliminación era, sin duda, la medida principal necesaria para lograr el objetivo marcado por el Acta Única Europea.

Por todo ello, uno de los acontecimientos más importantes para la libre circulación de personas se produjo, en un primer momento, fuera del marco de la Unión Europea, a través de la celebración del Acuerdo Schengen, el 14 de junio de 1985, y de su Convenio de aplicación, firmado el 19 de junio de 1990 (en vigor desde el 26 de marzo de 1995). Al no estar prevista aún la posibilidad de una cooperación reforzada en los Tratados, los Acuerdos de Schengen nacieron como dos tratados internacionales autónomos, fuera de la órbita del Derecho de la Comunidad Europea (situación de autonomía que se mantuvo hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999), aunque fuertemente vinculados a él, al tener como finalidad llevar a su plena realización el objetivo comunitario de la libre circulación de personas. Esta conexión funcional motivó que muchos vieran desde sus inicios en el dispositivo Schengen un «laboratorio de pruebas, cuyas experiencias en materia de supresión de controles y medidas compensatorias serían provechosas para la Comunidad o la Unión llegado el momento,

---

<sup>50</sup> Entre ellos el Convenio por el que se creó una Oficina Europea de Policía de 1995, el Convenio de protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995 o el Convenio para la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros de 1995, entre otros.

<sup>51</sup> Por ejemplo, respecto a la Unión de Pasaportes, tan solo se llegó a aprobar un formato uniforme para la expedición de pasaportes por los Estados miembros a sus nacionales, que, al instrumentarse en varias Resoluciones de los Gobiernos de dichos Estados y no mediante Convenio, excluía cualquier competencia de la Comunidad en este terreno.

tal y como posteriormente ha confirmado el Tratado de Ámsterdam<sup>52</sup>. Como acertadamente señala ILLAMOLA DAUSÀ «el objetivo final de los Acuerdos Schengen era, en definitiva, la creación de un espacio común que, aunque más restringido que el de las Comunidades Europeas, permitía circular sin obstáculos a los nacionales de los Estados comunitarios e, indirectamente, beneficiaba a los nacionales de terceros países»<sup>53</sup>.

Todo empezó la primavera de 1984, cuando los conductores de camiones bloquearon algunas fronteras, lo que llevó a varios Estados de la Comunidad Europea a replantear los controles fronterizos. Así, Francia y la República Federal de Alemania (RFA) firmaron el 13 de julio de 1984 el acuerdo de Sarrebrück, que preveía la supresión gradual de los controles de mercancías y personas en sus fronteras. Los países del Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) ya habían convenido una libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios entre ellos mediante el tratado de 1 de noviembre de 1960, que establecía la Unión Económica Benelux. Finalmente, el 14 de junio de 1985, estos cinco países firmaron el Acuerdo de Schengen<sup>54</sup>. Este acuerdo tuvo por objeto inmediato aligerar los controles en las fronteras comunes a través de las denominadas «medidas a corto plazo establecidas en su Título I» (el disco verde y otras). La desaparición total de las fronteras aparecía en el artículo 17 del propio Acuerdo como un objetivo a conseguir en el futuro mediante la adopción de medidas compensatorias en los ámbitos definidos en el Título II, relativo a las «medidas aplicables a largo plazo», fijando como fecha tope al efecto el 1 de enero de 1990. Partiendo del Acuerdo Schengen de 1985 y según el mismo preveía, los Estados parte emprendieron conversaciones para eliminar los controles en sus fronteras comunes. El mencionado Título II del Acuerdo establecía a tal efecto un ambicioso programa de negociación: cooperación judicial y policial; armonización de las legislaciones en materia de estupefacientes, armas y explosivos; coordinación de las políticas de visados y condiciones de acceso al territorio y traslado de los controles practicados sobre las mercancías en las fronteras comunes a las fronteras exteriores y al interior de los territorios nacionales respectivos. Las actividades del Grupo Schengen fueron favorablemente acogidas por la Comisión Europea, que participó como observadora en las reuniones ministeriales.

---

<sup>52</sup> Francisco Javier DONAIRE VILLA, *La Constitución y el Acervo Schengen*, cit. p. 26.

<sup>53</sup> Mariona ILLAMOLA DAUSÀ, «Hacia una gestión integrada de las Fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea», *Migraciones*, n.º 15, 2008, pp. 12-13.

<sup>54</sup> Se unieron al sistema en posteriores adhesiones Italia (1990), Portugal y España (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Dinamarca, Finlandia, Suecia, Islandia y Noruega (1996) hasta ser un total de 26 Estados en 2020.

Tras varias reuniones ministeriales (17 de mayo de 1990) y del Grupo Central de Negociación (27 de abril y 31 de mayo de 1990), el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 1985 (CAAS) fue suscrito definitivamente, también en Schengen, el 19 de junio de 1990<sup>55</sup>. Todo ello dio lugar a un denso entramado de normas, reglamentaciones, prácticas administrativas y mecanismos operativos que constituyeron el llamado «acervo Schengen». Como sintetiza MANGAS MARTÍN, centrándonos en la libre circulación de personas, el acervo «está referido fundamentalmente al cruce de fronteras interiores (supresión de controles para todas las personas y restablecimiento por razones de orden público o seguridad nacional); al control de cruce de fronteras exteriores (políticas de visados de corta y larga duración, medidas sobre la inmigración ilegal, condiciones de circulación de los extranjeros, acuerdos de readmisión etc.); a la responsabilidad en el tratamiento de las peticiones de asilo; a la cooperación policial (observación, persecución e investigación transfronterizas, funcionarios de enlace, comisarías comunes); a la cooperación judicial penal (asistencia judicial, extradición, *non bis in idem*, ejecución de sentencias, etc.); el Sistema de información Schengen (SIS)<sup>56</sup>; y la protección de datos de carácter personal»<sup>57</sup>. Llama la atención que solo cuatro artículos hablaran de la apertura de fronteras o de la colaboración judicial, mientras que la mayoría (138 artículos) versaba sobre las medidas compensatorias y, 80 de ellos, sobre el control policial en las fronteras exteriores y las formas de cooperación policial activa y pasiva. El órgano encargado de velar por el cumplimiento del Convenio era el Comité Ejecutivo, en el que estaban representados todos los países firmantes. Este tomaba las decisiones por unanimidad y se organizaba en distintos grupos de trabajo (policía y seguridad, circulación de personas, transportes y circulación de mercancías en aduanas).

---

<sup>55</sup> El Gobierno español, tras solicitar autorización previa de las Cortes Generales conforme al artículo 94.1 CE, se incorporó a los Acuerdos Schengen el 9 de marzo de 1992. El Protocolo de Adhesión de España al Acuerdo de 1985 comenzó a aplicarse provisionalmente desde el 26 de junio de 1991 (BOE de 30 de junio de 1991) y entró definitivamente en vigor el 1 de mayo de 1995, una vez manifestado formalmente el consentimiento de todos los Estados. Por su parte, la entrada en vigor del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Schengen de 1990 se produjo el 1 de marzo de 1994 para la propia España y los cinco miembros originales.

<sup>56</sup> Se trata de una base de datos que se compone de una parte nacional (N-SIS) y una central (C-SIS) donde los Estados participantes introducen «descripciones» sobre personas buscadas o desaparecidas, bienes robados o perdidos, prohibiciones de entrada y datos biométricos. A dicha información pueden acceder directamente todos los agentes de policía y otros agentes y autoridades responsables de la aplicación de la ley que necesitan la información almacenada en el sistema para llevar a cabo su trabajo. El SIS viene regulado actualmente por el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y la Decisión 2007/533/JAI relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).

<sup>57</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la UE*, cit., p. 117.

Precisamente, las primeras disposiciones que gozaron de aplicación efectiva fueron las relativas al Comité Ejecutivo, también conocidas como disposiciones institucionales. Sin embargo, la aplicación de las disposiciones no institucionales del Convenio de 1990 (las relativas a libre circulación de personas y medidas compensatorias) fue sucesivamente aplazada por el mencionado Comité. Según DONAIRE VILLA «fue determinante de esta actitud las reticencias francesas, debidas al temor de que se llegara a una situación que conceptuaban “Europa colador” para la criminalidad y la inmigración ilegal»<sup>58</sup>. Finalmente, el Comité Ejecutivo decidió en su reunión en Bonn el 22 de diciembre de 1994 la «aplicación irreversible» del Convenio a partir del 26 de marzo de 1995 para los Estados signatarios. De esta forma, los obstáculos a la circulación en las fronteras terrestres se fueron eliminando progresivamente a finales de 1995 bajo la responsabilidad de cada Estado parte.

Como podemos observar, en la década de los 90 existían dos regulaciones paralelas en materia de libre circulación que afectaban a los Estados miembros de la Unión Europea, la comunitaria (escasamente desarrollada y materializada, dada la escasez de medios al servicio de la Comunidad) y la derivada de los Acuerdos Schengen (la cual suponía una verdadera puesta en marcha, al margen de la Unión Europea, de la eliminación de las fronteras interiores con la consiguiente unión de las exteriores). El punto en común entre ambas era el objetivo fijado en el Acta Única europea de 1985 (un espacio sin frontera interiores); lo que había ocurrido era que, ante la falta de iniciativa de los Estados miembros, algunos países decidieron actuar al margen del marco comunitario.

La situación a finales de 1999, en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, del que nos ocuparemos a continuación fue descrita por el «Informe anual de 1998 sobre la aplicación del Convenio Schengen»<sup>59</sup>. El documento criticaba o cuestionaba muy pocos aspectos, entre ellos el caso de Francia, que reinstalaba los controles en sus fronteras. Al mismo tiempo, se informó sobre el aumento de los flujos migratorios y señalaba que la presión migratoria existente en la frontera entre Alemania

---

<sup>58</sup> Francisco Javier DONAIRE VILLA, *La Constitución y el Acervo Schengen*, cit., p. 57.

<sup>59</sup> Consejo Europeo de 9 septiembre de 1999, *Summary of the 1998 annual report on the implementation of the Schengen convention*, Annex II, SCH/Aut-cont (99) 8 rev.2.

y la República Checa constituía un puente de entrada importante para los clandestinos y las actividades de bandas organizadas<sup>60</sup>.

### 2.3 El Tratado de Ámsterdam: el final de la regulación paralela del principio de libre circulación

Como se ha indicado, hasta el Tratado de Ámsterdam (que entró en vigor el 1 de mayo de 1999), el único sector de la libre circulación en el que la Comunidad tenía competencia era la política de visados. El resto se encontraban regulado en el marco del tercer pilar (CAJI) que, como sabemos, tenía naturaleza intergubernamental.

Los resultados de Maastricht fueron considerados insuficientes durante la Conferencia Intergubernamental de 1996 para realizar un «espacio sin fronteras interiores». Globalmente, GAROT resume las críticas en: lentitud del proceso de decisión provocado por la obligación del Consejo de decidir por unanimidad en todos los casos y, para los Convenios concluidos en el marco del tercer pilar, por la necesidad de su ratificación en todos los Estados miembros; la falta de transparencia de los trabajos; la ausencia de seguridad jurídica y la carencia de objetivos claramente definidos<sup>61</sup>. Ante este problema existían dos opciones: mejorar las estructuras ya existentes (desarrollar la cooperación y la integración intergubernamental en materia de libre circulación, régimen de los extranjeros, inmigración, derecho de asilo y cooperación judicial y policial) o bien «comunitarizar» el tercer pilar, a fin de progresar más eficazmente en la realización del espacio sin fronteras interiores. Finalmente, el Tratado de Ámsterdam apareció como un compromiso entre esas dos opciones.

En virtud del Tratado de Ámsterdam (artículo 2.4), la Unión tenía el siguiente objetivo: «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté organizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia». Desde Ámsterdam, el «espacio sin fronteras interiores» se califica como «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» (en adelante, ELSJ), lo que implica que la libre circulación de personas no se contempla sin

---

<sup>60</sup> Consejo Europeo, op. cit., Anexo III, SCH/Aut-cont (99) 8 rev.2.

<sup>61</sup> Marie José GAROT, «Desde Schengen hasta Ámsterdam, pasando por Maastricht: un espacio de libertad, seguridad y justicia», *Autonomies*, n.º 24, 1999, p. 284.

unas normas complementarias que garanticen la seguridad de estas y de los Estados, mientras se respeta la justicia.

Como sistematiza MANGAS MARTÍN, «amparado en la noción de ELSJ, el Tratado de Ámsterdam reformula la CAJI de Maastricht mediante tres operaciones jurídicas de gran calado: la comunitarización parcial de este sector en el Título IV TCE; la remodelación del pilar intergubernamental del Título VI TUE con vistas a conseguir cierta operatividad respecto del contenido remanente (Cooperación Policial y Judicial Penal) y una muy destacable inyección de contenido material procedente de la integración del acervo Schengen dentro de la UE»<sup>62</sup>. A continuación, se analizará cada una de ellas:

### 2.3.1 Comunitarización parcial del tercer pilar en el Título IV TCE

La primera operación jurídica se materializó en la introducción del Título IV en el TCE («Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»), por lo que estas materias se insertaron en la parte relativa a las políticas de la Comunidad, complementando el Título III dedicado a la «Libre circulación de personas, servicios y capitales». El artículo 61 TCE atribuía, por primera vez, competencias a la Comunidad para adoptar las medidas necesarias para la eliminación de los controles en las fronteras interiores y el cruce de las fronteras exteriores, incluyendo la regulación de visados, asilo e inmigración. Incluía igualmente la cooperación judicial civil y la cooperación administrativa en todos los ámbitos enunciados. Esta comunitarización de determinadas competencias reflejaba el reconocimiento, por parte de los Estados miembros, de que se trataba de materias cuyo desarrollo debía impulsarse desde la propia Comunidad, pese a que tradicionalmente habían sido entendidas como responsabilidades esenciales de los Estados<sup>63</sup>.

Estas nuevas competencias estaban limitadas de dos formas: el orden público y la exclusión de algunos Estados miembros de estos nuevos ámbitos de acción<sup>64</sup>. En cuanto a la primera, el artículo 64 TCE respetaba la competencia de los Estados en materia de mantenimiento de orden público y salvaguarda de la seguridad interior. Además, el Consejo podía adoptar por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, medidas

---

<sup>62</sup>Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit. p. 92.

<sup>63</sup>Ian BACHE, Simon BULMER, Stephen GEORGE & Owen PARKER, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, 2015, p. 451.

<sup>64</sup> Sobre los límites a la libre circulación *vid.*, con carácter general, Panos KOUTRAKOS, Niamh Nic SHUIBHNE & Phil SYRPIS, *Exceptions from EU free movement law. Derogation, Justification and proportionality*, Bloomsbury, Oregon, 2016.



provisionales de restablecimiento de las fronteras internas por un periodo máximo de seis meses cuando un Estado miembro se enfrentara a una situación de emergencia «caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países». En cuanto a la segunda, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se excluyeron de la aplicación de estas normas por sendos Protocolos<sup>65</sup>.

El régimen particular acordado para Reino Unido e Irlanda partía de la resistencia del primero a la supresión de los controles en las fronteras interiores para los nacionales de terceros Estados (el Protocolo incluyó a Irlanda dada su unión con Reino Unido por la *Common Travel Area*). Por ello, nada de lo dispuesto en los Tratados o en normas derivadas impediría el derecho de Reino Unido a ejercer en sus fronteras los controles necesarios para verificar el derecho de entrada de los ciudadanos procedentes de otros Estados miembros y para decidir si concedía tal derecho a otras personas [artículo 1 Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7 a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda]. Esta excepción, reconocida como *opt-out*, se completaba con un tratamiento recíproco por parte de los otros Estados miembros, que podrían ejercer idénticos controles sobre las personas procedentes de Reino Unido [artículo 3 Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7 a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda]. Pese a que, en principio, a Reino Unido e Irlanda no se les aplicaba el acervo Schengen comunitarizado, el artículo 3.1 Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda del Tratado de Ámsterdam les habilitaba para «notificar por escrito al Presidente del Consejo, en un plazo de tres meses a partir de la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa en virtud del título III bis del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta de que se trate (...)», cláusula conocida en la jerga internacional como *opt-in*<sup>66</sup>.

En cuanto a Dinamarca, este Estado miembro formaba parte de Schengen pero rechazaba la comunitarización de la CAJI, por lo que quedó excluida de todas las medidas previstas en el Título III del TCE (artículos 1 y 2 Protocolo sobre la posición de Dinamarca). En algunos casos (como la cooperación judicial civil), la participación de

---

<sup>65</sup> Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7 a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda; Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda y Protocolo sobre la posición de Dinamarca.

<sup>66</sup> El *opt-in* también se podía producir una vez aprobada la iniciativa (no solo en el momento de la adopción), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda.

Dinamarca se ha resuelto mediante un acuerdo internacional con la Unión. Los regímenes especiales y exclusiones del ELSJ serán analizados más detalladamente con posterioridad, dado que su configuración actual fue regulada en el Tratado de Lisboa.

### 2.3.2 Remodelación del pilar intergubernamental del Título VI TUE

El Título VI del TUE se esforzó en conciliar los objetivos de la libre circulación de las personas con un alto nivel de seguridad en la UE. En ese momento los Estados miembros quisieron conservar la cooperación judicial penal y policial en el marco intergubernamental, al ser consideradas como asuntos muy sensibles del ámbito de la soberanía nacional. Esa cooperación abarcaba la cooperación operativa de las fuerzas policiales entre sí y a través de Europol, una mayor cooperación entre ministros y autoridades judiciales y una cierta aproximación en la legislación penal. En comparación con el antiguo tercer pilar, el nuevo contaba con mejores instrumentos jurídicos y una mejor regulación institucional y procedimental<sup>67</sup>.

### 2.3.3 Incorporación del acervo Schengen en los Tratados de la Unión Europea

La inclusión de la técnica de las cooperaciones reforzadas en el Título VII TUE hizo posible la integración del acervo Schengen en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea<sup>68</sup>. El Protocolo del Tratado de Ámsterdam que lo integraba justificaba en

---

<sup>67</sup> Destacaba la atribución de competencias de jurisdicción al Tribunal de Justicia y la participación del Parlamento Europeo (a través de consultas) y la Comisión (que compartía la iniciativa legislativa con los Estados miembros) en la producción de normas. Con todo ello, sin llegar a adoptar plenamente el método supranacional, se alejaba de la intergubernamentalidad «pura» de la PESC.

<sup>68</sup> El Tratado de Ámsterdam introdujo en su Título VII la cooperación reforzada como una técnica que permite el avance flexible de la integración mediante la adopción de medidas que solo serán aplicables a aquellos Estados miembros que muestran interés en ello, pero a las que se podrán sumar en cualquier momento el resto de Estados. El mecanismo fue ampliado y mejorado por el Tratado de Niza, relajando las duras exigencias reguladas en el Tratado de Ámsterdam (las cuales hacían dudar, incluso, de que la integración de Schengen en el Tratado pudiera ser catalogada propiamente como una cooperación reforzada). En la actualidad, de acuerdo con los artículos 20 TUE y 326-334 TFUE, toda cooperación reforzada debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Servir al logro de un objetivo de la Unión Europea.
- b) Garantizar la coherencia entre sus acciones y las restantes actividades de la Unión.
- c) Desarrollarse dentro del marco competencial de la Unión y referirse a competencias no exclusivas de la misma.
- d) Respetar los Tratados y el marco institucional único.
- e) Ponerse en marcha solo en el caso «de que haya quedado sentado en el Consejo que los objetivos que se le hayan asignado no pueden alcanzarse, en un plazo razonable, mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados».
- f) Ponerse en marcha con la participación mínima de nueve Estados miembros y respetar el principio de apertura al resto de Estados.

Además, deberá desarrollarse de tal manera que las competencias y derechos de los Estados no participantes en la cooperación queden suficientemente salvaguardados.

su preámbulo esta cooperación en la voluntad de que la «Unión Europea se convierta con más rapidez en un ELSJ»<sup>69</sup>.

El Acuerdo Schengen representaba un dispositivo pseudo-intergubernamental al servicio de un objetivo comunitario y, a través del nuevo mecanismo de la cooperación reforzada contemplado en el Tratado de Ámsterdam, se puso fin a la separación entre Schengen y la Unión Europea tras más de doce años de actuación paralela<sup>70</sup>. Precisamente por ese paralelismo existían ciertos riesgos de duplicidad entre las nuevas competencias de la Comunidad Europea y el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen. El Acuerdo ya había regulado numerosas cuestiones relacionadas con el cruce de fronteras interiores y exteriores del Espacio Schengen: visado, asilo, inmigración y prevención y represión de los eventuales fraudes. La inteligente maniobra de la integración del acervo Schengen permitió conservar estos resultados e integrarlos en el Derecho de la Unión, si bien reservando su aplicación únicamente a aquellos Estados que quisieran participar en este espacio, de acuerdo con la lógica de las cooperaciones reforzadas. Es decir, este acervo solo se aplicaba a los Estados miembros del Acuerdo, así como a los solicitantes de entrada en la Unión Europea que así lo quisieran, «constituyendo el reconocimiento de garantías mínimas a la libre circulación de personas en la Unión»<sup>71</sup>.

Como ya hemos mencionado, los Acuerdos originarios de Schengen, especialmente el Convenio de 1990, abarcaban materias que después, en los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, fueron atribuidas a la Comunidad Europea y al tercer pilar de la Unión. De ahí que el artículo 2.1 del Protocolo *ad hoc* dispusiera que el Consejo tenía que determinar por unanimidad la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituían el acervo Schengen «conforme a las disposiciones pertinentes de los Tratados», esto es, entre el Título VI del TUE y el TCE. El mandato quedó plasmado en dos Decisiones del Consejo de 20 de mayo de 1999. Una de ellas contiene un listado de las decisiones y medidas integrantes del acervo y la otra estableció la base

---

<sup>69</sup> Protocolo (n.º 19) al Tratado de Ámsterdam por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea.

<sup>70</sup> Ya el propio Convenio Schengen anticipaba y autorizaba en su artículo 142 que sus disposiciones pudieran ser objeto de modificación o adaptación cuando llegaran a suscribirse tratados entre los Estados miembros de la Comunidades Europeas con vistas a la realización de un espacio sin fronteras interiores, supuesto en el que el Tratado de Ámsterdam encajaba completamente.

<sup>71</sup> Marie José GAROT, «Desde Schengen hasta Ámsterdam, pasando por Maastricht: un espacio de libertad, seguridad y justicia», cit., p. 292.

jurídica de las disposiciones y medidas integrantes del acervo de Schengen consideradas vigentes o útiles<sup>72</sup>.

La consecuencia principal fue que el dispositivo Schengen pasó a regirse, *ratione materiae*, por los mecanismos, procedimientos e instituciones previstos tanto en el TUE como en el TCE, dependiendo de la selección de bases jurídicas efectuada en cada caso por el Consejo. De esta forma, los elementos preexistentes del acervo Schengen de carácter comunitario comenzaron a regirse por el Tratado de Roma (TCE) y los principios estructurales del Derecho de la Unión (aplicabilidad inmediata, efecto directo, primacía etc.). Por otro lado, los elementos preexistentes del acervo Schengen vinculados al tercer pilar siguieron sujetos a los procedimientos de adopción de decisiones intergubernamentales: la necesidad de unanimidad en el Consejo (de los trece Estados parte de Schengen, no de los 15 Estados miembros de la Comunidad), iniciativa legislativa atribuida tanto a los Estados miembros como a la Comisión y exigencia de previa consulta no vinculante al Parlamento Europeo.

Por último, debemos señalar que el Tratado de Ámsterdam no se limitó a incorporar a la Unión el acervo preexistente de Schengen, sino que permitía actualizar e incrementar dicho conjunto, pero ya bajo los procedimientos decisorios de la Unión y de conformidad con el Tratado que regulara esa materia (TCE o TUE). Al mismo tiempo, debían cumplir con una de las condiciones de toda cooperación reforzada: que solo se acudiera a ella como último recurso, cuando hubieran resultado infructuosos los procedimientos ordinarios establecidos en los Tratados. La observancia de estos requisitos quedó sujeta al control del TJUE, conforme a los recursos que, dependiendo de nuevo de la elección de la base jurídica, fueran aplicables. Por todos estos motivos, algunos autores hablan de una «comunitarización» parcial de Schengen tras el Tratado de Ámsterdam<sup>73</sup>.

En conclusión, desde el Tratado de Ámsterdam no se entiende el principio de libre circulación de manera aislada. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia constituye su

---

<sup>72</sup> Decisión del Consejo 1999/435/CE, de 20 de mayo de 1999, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la comunidad europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo y Decisión del Consejo 1999/436/CE, de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen.

<sup>73</sup> Francisco Javier DONAIRE VILLA, *La Constitución y el Acervo Schengen*, cit. p. 86.

ámbito de desarrollo y confirma la necesidad de complementariedad con otros ámbitos. Ello explica que no podamos hablar de libertad (de circulación) sin seguridad o justicia.

#### 2.4 El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Lisboa

La comunitarización total de la antigua CAJI se produjo en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009<sup>74</sup>. Con el nuevo tratado, todas las materias del ELSJ pasaron a ser competencia de la Unión Europea, con las implicaciones que veremos a continuación.

En el citado texto normativo se hizo un notable esfuerzo por ordenar, sistematizar y aclarar las materias cubiertas por el ELSJ, agrupando en un único Tratado todos los ámbitos materiales que forman parte del mismo y los sectores en los que iban a ejercer competencias compartidas los Estados miembros y la Unión Europea<sup>75</sup>. Como norma general, en este ámbito se aplicará el procedimiento legislativo ordinario aunque, como excepción, el artículo 76 TFUE extiende la iniciativa legislativa de determinadas materias del ELSJ a los Estados miembros (exigiendo que sea presentada, al menos, por un cuarto del número de Estados miembros), rompiendo la regla general del monopolio de iniciativa legislativa de la Comisión. Por su parte, el TJUE tendrá competencias jurisdiccionales casi plenas sobre los actos que se adopten en el marco de esta política, frente a la importante limitación que padecía hasta este Tratado. No obstante, el artículo 276 TFUE limita su jurisdicción para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas o para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público o la salvaguarda de la seguridad interior. Las singularidades introducidas reflejan las reticencias de los Estados para dar plenos poderes a la Unión Europea en estas materias.

La inserción del ELSJ en los objetivos de la Unión Europea (artículo 3 TUE) pone de relieve su trascendencia: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación

---

<sup>74</sup> Sobre las principales innovaciones del Tratado de Lisboa *vid.* Paolo PASSAGLIA, «Il trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti», *Il Foro Italiano*, Vol. 131, n.º. 1 (gennaio 2008), pp. 40-44.

<sup>75</sup> Castor Miguel DÍAZ BARRADO, «Capítulo II: Ciudadanía, Derechos Humanos y Valores en el Tratado de Lisboa», en Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Castor Miguel DÍAZ BARRADO (Dirs.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 90.

de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia».

Como hemos señalado, la idea que inspiró la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en los Tratados constitutivos fue que no era posible hablar de libertad (de circulación) sin garantizar la seguridad y la coordinación de ciertos ámbitos judiciales y policiales en el seno de la Unión Europea. De hecho, cuatro son los ámbitos materiales que los tratados prevén dentro del ELSJ: Política sobre control de fronteras, asilo e inmigración (artículos 77-80 TFUE); Cooperación judicial en materia Civil (artículo 81 TFUE); Cooperación judicial en materia Penal (artículos 82-86 TFUE) y Cooperación policial (artículos 87-89 TFUE).

## 2.5 La composición actual del Espacio Schengen

En muchas ocasiones se tiende a confundir el Espacio Schengen con la Unión Europea o, más concretamente, con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. No obstante, es necesario realizar una serie de aclaraciones que son esenciales para comprender adecuadamente el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en el ámbito objeto de estudio de este trabajo.

El Espacio Schengen es un área de más de 4.312.099 km cuadrados constituida por 26 Estados que han decidido suprimir sus fronteras interiores para constituir un espacio en el que personas, bienes, servicios, mercancías y capitales circulan libremente. Al mismo tiempo, desde el punto de vista circulatorio, estos 26 estados funcionan de cara al exterior como un solo territorio, existiendo unas fronteras exteriores comunes de más de 50.000 km de longitud (80% de las cuales son marítimas y 20% terrestres) que velan por los intereses de los más de 400 millones de personas que habitan en el Espacio Schengen. De los mencionados 26 estados, 22 son Estados miembros de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa y Suecia) y 4 son miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio o EFTA (por sus siglas en inglés), pero no de la Unión Europea (Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein)<sup>76</sup>. Mientras a los primeros se les aplica el acervo Schengen en su totalidad en calidad de Derecho de la Unión

---

<sup>76</sup> Por otra parte, hay Estados que han abierto sus fronteras al Espacio Schengen, en el que están íntegramente enclavados, pero no son parte de él: Mónaco, San Marino, Andorra y Ciudad del Vaticano.

(excepto a Dinamarca) y forman parte del ELSJ, a los segundos se les aplica dicho acervo mediante acuerdos internacionales específicos que veremos con posterioridad, pero no forman parte del ELSJ por no ser Estados miembros de la Unión Europea.

Tal y como se deriva de la enumeración anterior, no todos los Estados miembros de la Unión Europea son Schengen. Hay estados miembros que han decidido no formar parte de este Espacio (Irlanda) y otros que, dada su reciente incorporación a la Unión Europea, todavía no lo han hecho (Bulgaria, Croacia y Rumanía). Por otra parte, también cabe destacar que dentro del Espacio Schengen hay determinados enclaves a los que se les aplica un régimen especial, como es el caso de Ceuta y Melilla. Todas estas particularidades hacen necesario plantear, al menos someramente, cómo se han configurado jurídicamente algunos de los casos citados para ejemplificar los distintos regímenes jurídicos existentes en el Espacio Schengen. En concreto, a continuación se analizará el régimen que se aplica actualmente a Irlanda (miembro de la Unión Europea pero no del Espacio Schengen), el régimen especial de Dinamarca (miembro de la Unión Europea y del Espacio Schengen pero al que no se le aplica la totalidad de la normativa prevista en el marco del ELSJ), el régimen aplicable a Suiza (miembro del Espacio Schengen pero no de la Unión Europea) y el régimen especial de Ceuta y Melilla (enclaves de un Estado que pertenece a la Unión Europea y al Espacio Schengen pero a los que se les aplica un régimen específico por su situación geográfica).

#### 2.5.1 Régimen especial de Irlanda

Como adelantamos en el epígrafe 2.3.1, Reino Unido siempre rechazó la idea de eliminar los controles de nacionales de terceros Estados en las fronteras interiores, motivo por el cual ni aquel ni Irlanda (que compartían la *Common Travel Area*) se unieron a los Acuerdos Schengen<sup>77</sup>. Como consecuencia, tampoco se les aplicó la regulación relativa al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras la comunitarización del acervo Schengen derivada del Tratado de Ámsterdam (salvo que hicieran uso de las cláusulas *opt-in*, ya mencionadas).

El Tratado de Lisboa, en su Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al Reino

---

<sup>77</sup> Aunque consideramos conveniente hacer mención a Reino Unido para comprender tanto su posición como la de Irlanda en el Espacio Schengen durante más de dos décadas, es necesario destacar que el régimen que se va a analizar, tras la salida de Reino Unido de la Unión Europea en febrero de 2020, únicamente se aplica a Irlanda.

Unido y a Irlanda, reprodujo lo ya dispuesto en el Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7 a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda (Tratado de Ámsterdam) en relación con la libertad de realizar controles en sus fronteras con otros Estados miembros y viceversa. Por su parte, el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, mantuvo el régimen de *opt-out/opt-in* introducido por el Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda (Tratado de Ámsterdam). Eso sí, dado que en Lisboa se comunitarizó por completo el tercer pilar, ahora dicho régimen se extiende a la totalidad del Título V de la Tercera Parte del TFUE (ELSJ). En el caso de que Irlanda quiera participar en la adopción de una medida que afecte a dicho título, deberá notificarlo en el plazo de tres meses desde la presentación al Consejo de la propuesta o iniciativa; en el caso de que quisiera adherirse a una medida ya adoptada, se aplicará el procedimiento de incorporación a cooperaciones reforzadas ya existentes previsto en el artículo 331 TFUE (*opt-in*)<sup>78</sup>.

#### 2.5.2 Régimen especial de Dinamarca

Particularmente especial es el régimen de Dinamarca, ya que este Estado, pese a ser parte de los Acuerdos Schengen y Estado miembro de la Unión Europea, rechazó la comunitarización de la CAJI (tercer pilar) llevada a cabo en el Tratado de Ámsterdam. Dado que el Tratado de Lisboa comunitarizó por completo el ELSJ, poniendo fin a la estructura en pilares, el régimen que estableció el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de Ámsterdam respecto a la no aplicación a aquel Estado del Título III TCE (parte comunitarizada) se ha extendido a todo el Título V de la Parte

---

<sup>78</sup> Tanto Reino Unido como Irlanda han ejercido su derecho al *opt-in* con respecto a medidas relacionadas con la cooperación judicial civil y buena parte de las medidas de cooperación judicial penal y policial. Como ejemplo de *adhesión a medidas previamente adoptadas* se puede citar la Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo Schengen; la Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, sobre la ejecución de partes del acervo Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones de Schengen. Por otra parte, también se pueden identificar casos en los que Reino Unido e Irlanda han participado en la *adopción de una disposición* que entra a formar parte del acervo Schengen, como es la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, en cuyo preámbulo se establece que «De conformidad con el artículo 3 del Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, estos Estados miembros han notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación de la presente Directiva» (Considerando 39).



Tercera del TFUE (ELSJ). Es decir, Dinamarca queda excluida de todas las medidas adoptadas en el marco del ELSJ.

No obstante, de conformidad con el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de Lisboa, en el caso de propuestas o iniciativas para desarrollar el acervo Schengen, Dinamarca deberá decidir en un periodo de seis meses si incorpora esta medida a su legislación nacional (artículo 4). Si así lo hiciere, la incorporación del mencionado acervo al ordenamiento jurídico danés se produce mediante un acuerdo internacional entre la Unión Europea y Dinamarca<sup>79</sup>. Más confusa es la solución en caso de que Dinamarca decida no incorporar el acervo Schengen, en cuyo caso «los Estados miembros vinculados por esta medida y Dinamarca considerarán las medidas apropiadas que deban tomar» (artículo 4, apartado 2).

### 2.5.3 El régimen de Suiza

Como se ha señalado con anterioridad, el acervo Schengen es aplicable también a cuatro Estados no miembros de la Unión Europea (Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein). El instrumento jurídico empleado para configurar esta relación jurídica son los acuerdos internacionales de asociación a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen<sup>80</sup>. Noruega e Islandia se adhirieron a Schengen antes de la comunitarización del acervo, junto con Dinamarca, Finlandia y Suecia (estos cinco Estados formaban parte de la Unión Nórdica de Pasaportes, creada en 1958)<sup>81</sup>. Por su parte, el 26 de octubre de 2004, la Comunidad Europea, y la Confederación Suiza firmaron un Acuerdo sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entró en vigor el 1 marzo de 2008 (en adelante, AAS). Este acuerdo preveía la posibilidad de ser extendido al Principado de Liechtenstein mediante un Protocolo, el cual fue firmado el 28 de febrero de 2008<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Sirvan como ejemplo los Acuerdos de 19 de octubre de 2005 relativos a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil y a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

<sup>80</sup> Decisión 2000/777/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2000, relativa a la puesta en aplicación del acervo de Schengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega; la Decisión 2008/903/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la Confederación Suiza y la Decisión 2011/842/UE del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en el Principado de Liechtenstein.

<sup>81</sup> Acuerdo con Islandia y Noruega sobre su asociación a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen firmado el 18 de mayo de 1999, el cual debió complementarse con un Acuerdo (aprobado por el Consejo el 28 de junio de 1999) relativo a las relaciones de estos países con Irlanda y Reino Unido.

<sup>82</sup> Protocolo de 28 de febrero de 2008 sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein.

Centrándonos en el caso de Suiza, por adoptar un caso de referencia, el AAS prevé tanto la integración del acervo Schengen en dicho Estado (artículo 2 AAS) como las medidas necesarias para materializar dicho objetivo (artículo 3 y ss. AAS). Entre las citadas medidas conviene destacar la constitución de un Comité Mixto para garantizar la aplicación del AAS y un conjunto de disposiciones relativas a las distintas modalidades de integración del acervo Schengen en el ordenamiento jurídico suizo<sup>83</sup>.

El Comité Mixto está «compuesto por representantes del Gobierno suizo, de los miembros del Consejo de la Unión Europea (...) y de la Comisión (...)» (artículo 3.1 AAS)<sup>84</sup>. En el mismo, Suiza tiene la posibilidad de explicar los problemas que observe en relación con actos o medidas concretos del acervo, responder a los problemas observados por otras delegaciones, expresarse en relación con toda cuestión relativa al establecimiento de disposiciones que afecten a su país o a su aplicación y formular sugerencias (artículo 4 AAS). Otra de las prerrogativas del mencionado Comité que merece una especial mención es el seguimiento permanente de la evolución de la jurisprudencia del TJUE en relación con el acervo Schengen (artículo 8.1 AAS).

En lo que respecta a la adopción de nuevas normas de desarrollo del acervo Schengen, la Comisión puede recabar asesoramiento informal de expertos suizos (igual que sucede con el resto de Estados miembros) a la hora de elaborar sus propuestas (artículo 6 AAS). No obstante, dado que no es miembro de la Unión Europea y no se encuentra representado en sus instituciones, no puede votar la adopción de nuevos actos y medidas (al igual que Islandia, Noruega y Liechtenstein). Como sugiere BOESCH-KOHLER, generalmente, «esta falta de derecho de voto no es un problema en realidad porque, por lo general, los representantes de los Estados parte toman las decisiones por consenso»<sup>85</sup>.

Una vez adoptado un nuevo acto o medida del acervo Schengen, el Consejo lo notifica a Suiza, tras lo cual esta última decide en un plazo de treinta días sobre la aceptación de su contenido y la incorporación del mismo a su ordenamiento jurídico

---

<sup>83</sup> Sobre todo ello, *vid.* Nathalie BOESCH-KOHLER, «La participación de Suiza en los acuerdos de la unión europea de Schengen, Dublín, Frontex y Europol», *Foro- Nueva época*, vol. 18, n.º. 2, 2015, pp. 233-247.

<sup>84</sup> También existe otro Comité Mixto UE-Noruega-Islandia para los Acuerdos de Asociación de estos países. Para evitar duplicidades, ambos comités Schengen (Suiza y Noruega-Islandia) se reúnen al mismo tiempo.

<sup>85</sup> Nathalie BOESCH-KOHLER, «La participación de Suiza en los acuerdos de la unión europea de Schengen, Dublín, Frontex y Europol», *cit.*, p. 241.

interno [artículo 7.2 a) AAS]<sup>86</sup>. No obstante, «siempre que sea posible, Suiza aplicará de forma provisional el contenido de tal acto o medida desde la fecha prevista de entrada en vigor para Suiza del acto o medida y hasta que notifique el cumplimiento de las normas constitucionales» [artículo 7.2 b) AAS]. En el caso de que Suiza notifique su decisión de no incorporar una determinada medida o acto del acervo o de que tal notificación no se produzca en el plazo estipulado, «se considerará terminado el presente Acuerdo, salvo decisión en contrario del Comité mixto, tras analizar detenidamente las posibilidades de mantener el Acuerdo, en un plazo de noventa días» (artículo 7.4 AAS). Aunque esta solución pudiera parecer demasiado drástica, se explica porque «los actos jurídicos del acervo Schengen forman un conjunto coherente y su desarrollo debe ser armonizado y aplicado por todos»<sup>87</sup>.

Suiza es uno de los Estados parte del Espacio Schengen que, sin ser Estados miembros de la Unión Europea, se han implicado considerablemente en el control de las fronteras exteriores de la Unión Europea, núcleo central de esta investigación. En este sentido, tanto Suiza como Liechtenstein, Noruega e Islandia participan activamente en instrumentos al servicio del acervo Schengen como la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Dado que dicha participación va más allá de la incorporación del acervo Schengen a sus respectivos ordenamientos jurídicos, fue necesario celebrar acuerdos complementarios con la Unión Europea para establecer sus derechos de voto, así como su contribución financiera y de personal a la Agencia<sup>88</sup>.

#### 2.5.4 El régimen especial de Ceuta y Melilla

Dado que Ceuta y Melilla son la única frontera exterior terrestre de la Unión Europea con el continente africano, el régimen especial que ha previsto el legislador español en materia migratoria para ambos enclaves será objeto de análisis en el presente trabajo (Capítulo IV). No obstante, antes de proceder a dicho análisis, es necesario

---

<sup>86</sup> En el caso de que las normas constitucionales suizas exijan la celebración de un referéndum para decidir si se incorporan dichos actos o medidas a su ordenamiento, el plazo se amplía a dos años.

<sup>87</sup> Nathalie BOESCH-KOHLER, «La participación de Suiza en los acuerdos de la unión europea de Schengen, Dublín, Frontex y Europol», cit., p. 242.

<sup>88</sup> Decisión del Consejo, de 26 de julio de 2010, relativa a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein, por otra parte, sobre las modalidades de participación de estos Estados en la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea y Decisión del Consejo, de 15 de febrero de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, y a la aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre las modalidades de participación de estos Estados en la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

destacar las especialidades que, con carácter general, contempla el acervo Schengen para estas ciudades autónomas españolas situadas en el continente africano.

Ceuta y Melilla quedaron exceptuadas del régimen general del Espacio Schengen por voluntad conjunta de la Unión Europea y del Reino de España, plasmada en el Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1993 del Acuerdo de 25 de junio de 1991 de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985. En el mencionado Instrumento de Ratificación se incorporó una declaración relativa a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, en virtud de la cual «a) seguir[í]an aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla previos a la introducción en el territorio aduanero de la Comunidad Económica Europea»<sup>89</sup>. Esta disposición tenía su explicación en que «b) continuar[í]a igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador». Dado que la sostenibilidad económica de Ceuta y Melilla depende enormemente de la interacción con las comunidades vecinas, España ha eximido de visado a los ciudadanos procedentes de las provincias de Tetuán y Nador desde 1990. Este hecho es el que provoca que, aunque Ceuta y Melilla sean ciudades españolas, estén sometidas a un régimen especial en el marco del Espacio Schengen. De otra forma, los habitantes de Tetuán y Nador podrían acceder al resto del Espacio Schengen sin ningún tipo de control, pese a ser nacionales de un tercer Estado.

Doctrinalmente existe un ferviente debate acerca de si dicho régimen especial supone la exclusión o no de Ceuta y Melilla del Espacio Schengen. Frente a aquellos autores que justifican la absoluta exclusión de estas ciudades del mencionado Espacio por

---

<sup>89</sup> En concreto «e) En aplicación de la legislación nacional (...) España mantendrá controles [de identidad y documentos] en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio».

La especialidad viene reflejada también en el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen 2016 o CFS 2016), en virtud del cual «Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla, tal como se define en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el Acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985» (artículo 41).

la existencia de controles internos<sup>90</sup>, en nuestra opinión lo más adecuado es considerar que las mismas forman parte del Espacio Schengen en lo que respecta a la aplicación del régimen jurídico de las fronteras exteriores (en tanto se les aplica, con carácter general, este último), pero no en lo relativo al régimen jurídico de las fronteras interiores, dado que se realizan controles para acceder al resto del Espacio Schengen. Ceuta y Melilla constituyen así una doble frontera: por un lado, con Marruecos y por otro con Schengen.

### **3. EL MODELO EUROPEO DE FRONTERAS**

Una vez analizado cómo la aspiración a un mercado único cimentado sobre la libre circulación de trabajadores, servicios, mercancías y capitales ha culminado, tras varias décadas, en el establecimiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea, es necesario determinar cómo este ambicioso proceso de integración ha afectado a la concepción de las fronteras europeas. Es decir, qué repercusión tiene en la institución fronteriza tradicional ofrecer a los ciudadanos de la Unión «un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia» (artículo 3.2 TUE). Para ello, en primer lugar, se analizarán las categorías conceptuales esenciales del modelo europeo de fronteras (fronteras interiores y fronteras exteriores) y posteriormente se procederá a dilucidar de qué manera estas últimas han provocado un cambio en la concepción tradicional de las fronteras.

#### **3.1 Fronteras interiores y fronteras exteriores**

Dentro de las políticas que configuran el ELSJ enumeradas en el epígrafe 2.4 de este Capítulo, esta investigación se centra en el estudio de la Política sobre control de fronteras (artículo 77 TFUE) y cómo esta última incide en la gestión del asilo y la inmigración irregular, que no es lo mismo que el estudio pormenorizado de la política común de asilo (artículo 78 TFUE) y la política común de inmigración (artículo 79 TFUE), aunque está íntimamente vinculado. Para materializar el objetivo plasmado en el artículo 3.2 TUE, el artículo 77.1 TFUE establece que «La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea

---

<sup>90</sup> Jaume CASTÁN PINOS, *La fortaleza Europea: Schengen, Ceuta y Melilla*, Tesis Doctoral, Instituto de Estudios Ceutíes, Ceuta, 2014, p. 80 [Disponible en: [https://www.academia.edu/12124453/La\\_Fortaleza\\_Europea\\_Schengen\\_Ceuta\\_y\\_Melilla](https://www.academia.edu/12124453/La_Fortaleza_Europea_Schengen_Ceuta_y_Melilla). Consultado por última vez el 23/05/2020].

cual sea su nacionalidad, cuando crucen las *fronteras interiores*; b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las *fronteras exteriores* y c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las *fronteras exteriores*». De este precepto se deduce que el modelo europeo de fronteras pivota sobre dos conceptos o categorías: frontera interior y frontera exterior. Categorías que se vuelven a reproducir cuando el TFUE señala los medios para conseguir ejecutar la política sobre control de fronteras y que consiste en adoptar normas para establecer medidas sobre (artículo 77.2 TFUE): «b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las *fronteras exteriores*» y «e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las *fronteras interiores*». En cumplimiento del artículo 77.2 TFUE, el legislador europeo aprobó el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (en adelante, Código de Fronteras Schengen 2016 o CFS 2016)<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Este sustituyó al Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (en adelante, Código de fronteras Schengen 2006 o CFS 2006). Pese a que su artículo 1 establece que su objeto es «disponer la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los *Estados miembros de la Unión Europea* [y] establece[r] normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los *Estados miembros de la Unión*». Es necesario aclarar que:

- «De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación. Dado que el presente Reglamento desarrolla el acervo de Schengen, Dinamarca, de conformidad con el artículo 4 de dicho Protocolo, decidirá, dentro de un período de seis meses a partir de que el Consejo haya tomado una medida sobre el presente Reglamento, si lo incorpora a su legislación nacional» (Considerando 38 CFS 2016). En virtud del artículo 1 Protocolo (n.º 22) sobre la posición de Dinamarca del TFUE, Dinamarca no participó en la adopción por el Consejo del CFS 2016. Las votaciones en el Consejo exceptuaron al representante del Gobierno de Dinamarca.
- «Por lo que respecta a Islandia y a Noruega, el presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE del Consejo» (Considerando 39 CFS 2016). Al igual que en el caso de Suiza y Liechtenstein (*vid.* Epígrafe 2.5.3 de este Capítulo), Islandia y Noruega no participan en la adopción del CFS 2016, al no ser Estados miembros, pero su postura quedó reflejada a través del Comité Mixto en cuestión.
- «Por lo que respecta a Suiza, el presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el artículo 3 de la Decisión 2008/146/CE del Consejo» (Considerando 40 CFS 2016) (*Vid.* Epígrafe 2.5.3 de este Capítulo).
- «Por lo que respecta a Liechtenstein, el presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión

El CFS 2016 es la norma de derecho derivado que constituye la clave de bóveda de la presente investigación y, si se permite la expresión, el diccionario jurídico que aglutina las definiciones necesarias para comprender el cambio acontecido en la Unión Europea y en la concepción de la institución fronteriza a raíz del establecimiento de un espacio sin fronteras interiores. En línea con el precepto que constituye su base competencial (artículo 77.2 TFUE), su objeto es «dispone[r] la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las *fronteras interiores* de los Estados miembros de la Unión Europea [y] establece[r] [las] normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las *fronteras exteriores* de los Estados miembros de la Unión» (artículo 1 CFS 2016).

Centrándonos ya en los dos conceptos nucleares del modelo europeo de fronteras, el artículo 2, punto 1, CFS 2016 define las fronteras interiores como «a) las fronteras terrestres comunes, incluidas las fronteras fluviales y lacustres, de los Estados miembros; b) los aeropuertos de los Estados miembros por lo que respecta a los vuelos interiores [y] c) los puertos marítimos, fluviales y lacustres de los Estados miembros por lo que respecta a los enlaces interiores regulares de transbordadores»<sup>92</sup>. Como afirma DEL VALLE

---

del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entran en el ámbito mencionado en el artículo 1, punto A, de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el artículo 3 de la Decisión 2011/350/UE del Consejo» (Considerando 41 CFS 2016) (*Vid.* Epígrafe 2.5.3 de este Capítulo).

- El presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en las que Irlanda no participa de conformidad con la Decisión 2002/192/CE del Consejo; por lo tanto, Irlanda no participa en su adopción y no queda vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación» (Considerando 43 CFS 2016).
- «Por lo que respecta a Bulgaria, Croacia, Chipre y Rumanía, el artículo 1, párrafo primero, el artículo 6, apartado 5, letra a), el título III, y las disposiciones del título II y sus anexos que se refieren al SIS y al VIS constituyen disposiciones que desarrollan el acervo de Schengen o guardan con él otro tipo de relación en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Acta de adhesión de 2003, del artículo 4, apartado 2, del Acta de adhesión de 2005 y del artículo 4, apartado 2, del Acta de adhesión de 2011, respectivamente» (Considerando 44 CFS 2016). Es decir, sólo se aplicará en un nuevo Estado miembro en virtud de una decisión europea del Consejo a tal efecto, previa comprobación, de conformidad con los procedimientos de evaluación de Schengen aplicables, del cumplimiento en dicho nuevo Estado miembro de las condiciones necesarias para la aplicación de todas las partes del acervo en cuestión. En principio, a estos Estados se les aplican las disposiciones relativas a las fronteras exteriores pero no se han abolido los controles fronterizos internos.

Como consecuencia, puede afirmarse que el CFS 2016 no resulta aplicable a todos los Estados miembros de la Unión (quedando fuera, por ejemplo, Irlanda), y tampoco se aplica únicamente a los Estados miembros de la Unión (estando incluida, por ejemplo, Suiza). Eso sí, en el caso de los terceros Estados a los que les resulta aplicable, el CFS 2016 no les vincula como norma de Derecho de la Unión, sino como norma de Derecho Internacional. Esta consideración debe tenerse en cuenta cuando, de ahora en adelante, se reproduzcan preceptos del CFS 2016 que hagan referencia a «Estados miembros».

<sup>92</sup> Se entiende por vuelo interior «todo vuelo con procedencia o destino exclusivamente en los territorios de los Estados miembros, sin aterrizaje en el territorio de un tercer país» (artículo 2, punto 3 CFS 2016). Por su parte, enlaces interiores regulares de transbordadores son «los enlaces de transbordadores procedentes de los mismos dos o más puertos situados en territorios de los Estados miembros, que no efectúen escala

GÁLVEZ, «esta definición se apoya en las fronteras-líneas jurídico políticas de separación de soberanías ya existentes, si bien solo se contemplan las fronteras terrestres comunes»<sup>93</sup>. Las referencias a las fronteras marítimas y aéreas se reducen únicamente a determinados lugares (aeropuertos y puertos) y únicamente en lo que respecta a los vuelos internos (origen y destino en aeropuertos del Espacio Schengen, sin escala en un tercer Estado) y a los enlaces interiores regulares de transbordadores (origen y destino en puertos del Espacio Schengen, sin escala en un tercer Estado). En definitiva, las fronteras se califican como «interiores» cuando son objeto de cruce para trasladarse de un Estado parte de Schengen a otro directamente, con independencia del medio de transporte utilizado<sup>94</sup>. Es la supresión de estas fronteras la que permite la libre circulación de personas, de la que se benefician tanto los ciudadanos europeos como los nacionales de terceros Estados que se hallen dentro del Espacio Schengen<sup>95</sup>.

Por su parte, las fronteras exteriores son definidas negativamente en el CFS 2016, entendiéndose por tales «las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores» (artículo 2, punto 2, CFS 2016). La definición engloba las fronteras terrestres no interiores, todas las fronteras marítimas y todos los puertos y aeropuertos con procedencia, destino o escala en el territorio de un Estado que no sea miembro del Espacio Schengen. En definitiva, todas aquellas fronteras o lugares concretos cuyo cruce implica el traslado de un Estado miembro a un tercer Estado y viceversa<sup>96</sup>. Mientras las fronteras interiores (su abolición)

---

en puertos situados en territorios no pertenecientes a los Estados miembros y que transporten personas y vehículos con arreglo a un horario publicado» (artículo 2, punto 4 CFS 2016).

<sup>93</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de Fronteras y Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7, 2003 (Ejemplar dedicado a: Movimientos migratorios y Derecho), p. 80.

<sup>94</sup> Por ejemplo, España comparte fronteras interiores terrestres con Francia y Portugal. En el primer caso fueron fijadas convencionalmente por los Tratados de Bayona de 2 de diciembre de 1856, de 14 de abril de 1862 y de 14 de julio de 1906. Con respecto a Portugal, las fronteras están delimitadas, en términos generales, por el Convenio de Lisboa de 29 de septiembre de 1864.

En el caso de las fronteras aéreas o marítimas las afirmaciones no son tan categóricas. Un mismo aeropuerto (v.g. Adolfo Suárez- Madrid Barajas) puede ser frontera interior o exterior dependiendo de si el vuelo concreto en consideración tiene por origen o destino, por ejemplo, París (frontera interior) o Londres (frontera exterior).

<sup>95</sup> Cabría pensar que, quizás, es precisamente esta indiferencia respecto a la nacionalidad del viajero lo que provocaba la resistencia de Reino Unido a formar parte de Schengen. Este último estaba a favor de la libre circulación de ciudadanos europeos, pero no de nacionales de terceros Estados, motivo por el cual no le era aplicable el acervo Schengen ni las medidas adoptadas en el seno del ELSJ cuando dicho acervo fue comunitarizado.

<sup>96</sup> En el caso de España, se consideran fronteras exteriores terrestres la frontera con Gibraltar y la frontera con Marruecos. Respecto a la primera, el Tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713 no establece límites concretos, disponiendo su artículo 10 que «la ciudad y el castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto,



garantiza la libre circulación de personas, las fronteras exteriores son el cinturón que permite o garantiza que este derecho pueda ser ejercido de forma segura y ordenada por parte de las personas que disfrutan de él. Por ello, su control entra dentro de las denominadas medidas complementarias, compensatorias o de acompañamiento a la libre circulación<sup>97</sup>. En esta línea, REMACHA señala que «en Europa, las fronteras exteriores son excluyentes, las interiores son integradoras»<sup>98</sup>. Las fronteras exteriores no son un objetivo en sí mismo de la integración (primero económica y posteriormente política), sino una consecuencia necesaria o derivada de la misma.

Las definiciones reproducidas demuestran que el Derecho de la Unión no ha acuñado una nueva categoría de fronteras. De hecho, el modelo europeo de fronteras no afecta a las fronteras-línea establecidas entre los Estados miembros ni pretende redefinirlas<sup>99</sup>. Lo característico de este modelo es que a las categorías que ya existen se les añade una adjetivación (interiores o exteriores) que las adapta funcionalmente para cumplir el objetivo de crear un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Fuera del Derecho de la Unión, los conceptos de fronteras interiores y exteriores no resultan operativos. No obstante, como señala DEL VALLE GÁLVEZ, constituyen una «categorización jurídicamente sólida, pues se remite a instituciones jurídicas y conceptos tradicionales bien determinados»<sup>100</sup>. Además, esta categorización funcional del Derecho de la Unión ha tenido la virtualidad de provocar unas consecuencias jurídicas sin precedentes que afectan tanto a los ciudadanos europeos como a los de terceros Estados. La más perceptible a simple vista, aunque no la más importante, ha sido la reestructuración jurídico-administrativa de las comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas entre los Estados miembros. Sin duda, la consecuencia jurídica más importante que origina el modelo europeo de fronteras se produce, como veremos a continuación, en el contexto de la frontera como lugar de control.

---

defensas y fortalezas» se ceden a la Corona británica. En cuanto a la frontera con Marruecos, se sitúa en las plazas de Ceuta y Melilla, y fueron acordadas en los Convenios de 24 de agosto de 1859 y 26 de junio de 1862.

<sup>97</sup> En total, hay 1.792 pasos fronterizos exteriores designados con controles en la UE, de los cuales 665 son fronteras aéreas, 871 son fronteras marítimas y 246 están en las fronteras terrestres.

<sup>98</sup> José Ramón REMACHA, «Las fronteras de la Unión Europea (El papel de las fronteras en el ordenamiento jurídico comunitario)», cit., p. 110.

<sup>99</sup> Así lo dispone el artículo 77.4 TFUE, en virtud del cual, «El presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho Internacional».

<sup>100</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 327.

### 3.2 El cambio producido en la frontera como lugar de control

El modelo europeo de fronteras se ha construido sobre tres pilares: el reconocimiento de la libre circulación de personas, la atribución a la Unión Europea de competencias en materia de control fronterizo y, como resultado de ello, la promulgación de un conjunto de normas que conforman el régimen jurídico de control fronterizo aplicable a los Estados que forman parte del Espacio Schengen.

Siguiendo el *íter* cronológico, tras la proclamación de la libre circulación en los tratados fundacionales fue necesario que los Estados parte de Schengen aceptaran regular de forma conjunta los requisitos y condiciones del cruce de fronteras, para lo cual era imprescindible atribuir las competencias de control fronterizo a la Unión Europea y renunciar a ejecutarlas autónomamente. Como resultado del ejercicio por parte de la Unión Europea de la competencia que le fue atribuida, el acervo Schengen se ha encargado de articular jurídicamente la supresión de los controles en las fronteras interiores y de modular su transferencia a las fronteras exteriores dando lugar a «un territorio continental europeo unificado en cuanto a las normas de acceso, libre circulación y estancia de toda persona física»<sup>101</sup>. De lo anterior se deriva que el modelo europeo de fronteras no implica la existencia de un territorio soberano de la Unión, sino únicamente (y a lo sumo) «un territorio federal de circulación»<sup>102</sup>. Ello porque las categorías de frontera interior y frontera exterior solo son predicables respecto de un determinado ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (el acervo Schengen), no de su totalidad.

El proceso de integración europeo ha afectado tanto a las funciones como al concepto tradicional de la frontera. En cuanto a la frontera como límite del ejercicio de competencias nacionales, la atribución de determinadas competencias legislativas a la Unión Europea ha permitido el establecimiento de un marco jurídico general que posibilita que los servicios estatales de los Estados miembros actúen fuera de sus respectivos territorios. Pueden darse numerosos ejemplos (sobre todo en los ámbitos policial y judicial), pero sin duda el más ilustrativo a efectos de este trabajo es la creación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Aunque se estudiará en profundidad con posterioridad, sirva ahora con mencionar que la misma está compuesta, entre otros

---

<sup>101</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 318.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 318.

sujetos, por las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras. Autoridades que, con ciertas condiciones, están habilitadas para el ejercicio de competencias ejecutivas de control fronterizo en todos los Estados parte del Espacio Schengen. Ello se produce gracias a la atribución de competencias legislativas en materia de control fronterizo a la Unión Europea [artículo 77.2 b) TFUE], lo que provoca que el límite del ejercicio de la competencia haya dejado de ser las respectivas fronteras de los Estados miembros para pasar a ser las fronteras exteriores del Espacio Schengen. Si en la Unión Europea la frontera deja de caracterizarse por constituir el límite de determinadas competencias estatales, necesariamente ello afecta también al concepto tradicional de frontera. Así, en la Unión Europea, «las fronteras quedan como líneas político-jurídicas, pero que establecen ciertos límites competenciales, ya que otros límites de actuación competencial son establecidos por la UE»<sup>103</sup>.

Pese a las apreciaciones anteriores, debe destacarse que tanto la afectación de la función tradicional de la frontera-límite como la del concepto tradicional de frontera en la Unión Europea se produce como consecuencia de un cambio mucho más importante, que es el que el modelo europeo de fronteras provoca en el ámbito de la frontera como lugar de control. Es el cambio en la forma de control de las fronteras el que ha permitido las actuaciones de determinadas autoridades nacionales fuera de sus respectivos territorios y una reordenación de los regímenes conexos (extranjería, asilo, inmigración y policial, entre otros).

### 3.2.1 Las fronteras interiores como meras demarcaciones administrativas a efectos de libre circulación y el restablecimiento de controles fronterizos como excepción

El cumplimiento de la obligación de suprimir permanentemente los controles fronterizos internos implica que las fronteras interiores de los Estados miembros «sean jurídicamente concebidas, a efectos del cruce de personas, como una demarcación o límite administrativo interior de un Estado» (como puede ser la frontera entre dos Comunidades Autónomas en España, entre dos *Länder* en Alemania o entre dos Departamentos en Francia)<sup>104</sup>. Es decir, en las mismas no se realizan controles fronterizos policiales y aduaneros sobre las personas ni sobre las mercancías, «desactivándose en su operatividad

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 333.

práctica»<sup>105</sup>. Esta es la consecuencia más importante de renunciar a ejercer autónoma e individualmente controles en las fronteras interiores.

Pese a la inexistencia de controles fronterizos interiores, el artículo 23 del CFS 2016 habilita a los Estados miembros para que realicen ciertos controles *dentro de su territorio*. En concreto, la ausencia de control en las fronteras no afectará a una serie de ámbitos:

- Al ejercicio de las competencias de policía de las autoridades competentes de los Estados miembros en virtud de su Derecho interno, en la medida en que el ejercicio de tales competencias no tenga un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas [artículo 23 a) CFS 2016]<sup>106</sup>;
- A las inspecciones de seguridad en los puertos o aeropuertos, efectuadas sobre las personas por las autoridades competentes en virtud del Derecho interno de cada Estado miembro, por los responsables portuarios o aeroportuarios o por los transportistas, siempre que estas inspecciones se efectúen también sobre las personas que viajen dentro de un Estado miembro [artículo 23 b) CFS 2016];

---

<sup>105</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de Fronteras y Unión Europea», cit., p. 82.

<sup>106</sup> Ello implica que se mantengan los controles policiales realizados en el interior de los Estados miembros, «e incluso se refuerzan en su intensidad, de tal forma que estos se visualizan como una compensación a la facilitación de la libre circulación de personas entre las partes contratantes» (Andreu OLESTI RAYO, «El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea», *REAF*, n.º 15, abril 2012, p. 62). Ahora bien, es importante que los mencionados controles no tengan un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas y prueba de ello es el pronunciamiento del TJUE en la STJUE de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10. Los Sres. Melki y Abdeli, de nacionalidad argelina, fueron objeto de un control policial en una zona situada entre la frontera terrestre franco-belga y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de la misma. Tras comprobar que se encontraban en situación irregular, el 23 de marzo de 2010 el Prefecto del *Département du Nord* del Estado francés dictó una orden de expulsión administrativa y una decisión de internamiento. Tras ser impugnada la decisión por parte de los Sres. Melki y Abdeli, el asunto llegó a la *Cour de Cassation*, que planteó la cuestión prejudicial que da lugar a la mencionada sentencia. En la misma, el TJUE determinó que el Derecho de la Unión se oponía a una normativa nacional (como la francesa) que atribuía a las autoridades de policía del Estado miembro interesado la competencia para controlar, únicamente en una zona de 20 kilómetros a partir de la frontera terrestre de ese Estado con los Estados parte en el CAAS, la identidad de cualquier persona (con independencia del comportamiento de esta y de circunstancias específicas que acreditasen un riesgo de perturbación del orden público) con vistas a verificar la observancia de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley, sin prever la necesaria delimitación de dicha competencia, que garantizase que su ejercicio práctico no pudiera tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas (apartado 75). En definitiva, como apuntó el Abogado General MAZAK en sus Conclusiones presentadas el 7 de junio de 2010 a este asunto, es esencial determinar si la aplicación de las medidas policiales previstas por las autoridades competentes produce unas consecuencias equivalentes a las inspecciones fronterizas, en cuyo caso se estaría infringiendo el Código de Fronteras Schengen (apartado 44).

- A la posibilidad de que un Estado miembro disponga en su Derecho interno la obligación de poseer o llevar consigo documentos [artículo 23 c) CFS 2016]<sup>107</sup>
- A la posibilidad de que un Estado miembro imponga por ley la obligación de los nacionales de terceros países de declarar su presencia en su territorio [artículo 23 d) CFS 2016]<sup>108</sup>.

La regla general de renuncia a la realización de controles fronterizos internos tiene sus excepciones contempladas en el propio acervo Schengen. Así, existen ciertas circunstancias tasadas que permiten a los Estados miembros restablecer excepcionalmente sus controles en las fronteras interiores.

Hasta la promulgación del Reglamento (UE) n.º 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 562/2006 [antiguo CFS], con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales, los únicos motivos que justificaban el restablecimiento de controles fronterizos eran la protección del orden público y la seguridad interior de un determinado Estado. En relación con estas causas, que se mantienen como supuestos de restablecimiento de las fronteras internas, existen dos procedimientos diferentes dependiendo de si el motivo que provoca el restablecimiento es un acontecimiento previsible (artículo 25 CFS 2016)<sup>109</sup> o es una situación imprevista que requiera una

---

<sup>107</sup> El TJUE recalcó en la STJUE de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane*, as. C-215/03, que «si, pese a no presentar un documento de identidad o un pasaporte válido, el interesado puede, no obstante, acreditar inequívocamente su nacionalidad por otros medios, el Estado miembro de acogida no puede cuestionar su derecho de residencia debido únicamente a que no presentó uno u otro de los documentos mencionados» (apartado 25). A ello debe añadirse que «el Derecho de la Unión se opone a que los nacionales de los Estados miembros estén obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, si dicho Estado miembro no impone a sus propios nacionales una obligación general de identificación» (apartado 35 de la misma sentencia).

<sup>108</sup> La finalidad de este precepto parece que es controlar a los extranjeros que se trasladan a los países que forman parte del Espacio Schengen. No obstante, también se autoriza la posibilidad de que el Estado receptor exonere el cumplimiento de esta obligación, como de hecho ocurre en la mayoría de los casos.

<sup>109</sup> En virtud del artículo 25 CFS 2016 «Cuando en el espacio sin controles en las fronteras interiores se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro, este podrá restablecer los controles fronterizos en partes específicas o en la totalidad de sus fronteras interiores, con carácter excepcional y durante un período de tiempo limitado no superior a 30 días, o mientras se prevea que persiste la amenaza grave cuando su duración sobrepase el plazo de 30 días (...)). El plazo podrá ampliarse por periodos renovables de 30 días, si la amenaza persiste, siempre que la duración total no supere los 6 meses. El Estado está obligado a comunicar el restablecimiento al Consejo, al Parlamento, a los Estados miembros y a la Comisión con una antelación de cuatro semanas. Entre los ejemplos de este tipo de restablecimiento se pueden citar las reuniones de Jefes de Estado o de Gobierno y las Cumbres europeas e internacionales (G8, G20, OTAN, Cambio climático). Con carácter residual cabe mencionar los eventos deportivos, como las Eurocopas de Fútbol (Ucrania/Polonia 2012 y Francia 2016), o la celebración de los premios Nobel en Suecia.

actuación inmediata (artículo 28 CFS 2016)<sup>110</sup>. Este último caso será objeto de un análisis más detallado con posterioridad, dado que se ha empleado en numerosas ocasiones para frenar los movimientos secundarios de migrantes en el interior del Espacio Schengen, lo cual está estrechamente vinculado con el objeto de la tesis. Es importante destacar que tanto en un caso como en otro el Estado miembro en cuestión «evaluará la medida en que dicho restablecimiento puede responder correctamente a la amenaza para el orden público o la seguridad interior y la proporcionalidad de la medida en relación con dicha amenaza» (artículo 26 CFS 2016). De lo anterior se deriva que tanto la Comisión como los demás Estados miembros podrán interponer un recurso por incumplimiento ante el TJUE si consideran que las exigencias de necesidad y de proporcionalidad no se han respetado por el Estado que ha adoptado la medida<sup>111</sup>. Con ello se manifiestan las limitaciones de los Estados miembros para controlar sus propias fronteras, ya que tanto la normativa aplicable como el control de su aplicación quedan al margen del ámbito nacional<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> En virtud del artículo 28 CFS 2016 «Cuando el orden público o la seguridad interior de un Estado miembros exijan una actuación inmediata, el Estado miembro de que se trate podrá, con carácter excepcional, restablecer inmediatamente los controles fronterizos en las fronteras interiores por un período limitado no superior a diez días». En este caso, el plazo podrá ampliarse por periodos renovables de 20 días, si la amenaza persiste, hasta un máximo de 2 meses.

Entre las causas de este tipo de restablecimiento se pueden citar los atentados terroristas de París en 2015 y Niza en 2016 o la crisis sanitaria producida por el COVID-19 en 2020. En el caso de España: Orden INT/239/2020, de 16 de marzo, por la que se restablecen los controles en las fronteras interiores terrestres con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus diversas ampliaciones.

Tanto en el caso de acontecimientos previsibles como en el de actuaciones inmediatas, en el plazo máximo de cuatro semanas desde el levantamiento de los controles fronterizos, el Estado miembro que haya puesto en marcha la medida presentará un informe-memoria al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión sobre el restablecimiento en cuestión, incluyendo una evaluación inicial y el respeto a los criterios, funcionamiento de las inspecciones, la cooperación práctica con los Estados miembros vecinos, las repercusiones que haya tenido sobre la libre circulación de personas y la eficacia del restablecimiento (artículo 33 CFS 2016).

<sup>111</sup> Este régimen no es aplicable en el caso de Estados parte de Schengen que no sean miembros de la UE. Por ejemplo, en el caso concreto de Suiza, en virtud del artículo 9.2 AAS «En caso de que el Comité mixto, en un plazo de dos meses a partir del momento en que se haya sometido a su apreciación (...) una diferencia sustancial en la aplicación de las disposiciones a que se refiere el artículo 2 entre las autoridades de los Estados miembros afectados y las de Suiza, no haya conseguido garantizar la aplicación e interpretación uniformes (...)» continúa el artículo 10 AAS «(...) dispondrá de noventa días a partir de la aprobación del orden del día en el que se haya consignado el litigio para resolver la controversia. (...) en caso de no llegarse a una resolución definitiva, se considerará terminado el presente Acuerdo (...)».

<sup>112</sup> Actualmente se encuentra en curso un procedimiento legislativo para modificar este procedimiento. En virtud de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores [COM/2017/0571 final] «en los dos últimos años, las normas y el procedimiento para prorrogar los controles temporales en las fronteras interiores han demostrado no estar suficientemente adaptados para responder a las crecientes amenazas para el orden público o la seguridad interior». Entre las modificaciones propuestas se encuentran:

- El plazo para el restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores a lo largo de la duración previsible de la amenaza grave se aumente hasta un año (en lugar de seis meses) y el límite de la duración de los plazos de prórroga se aumente desde 30 días hasta un máximo de seis meses;

El citado Reglamento (UE) n.º 1051/2013 introdujo una nueva posibilidad para restablecer los controles fronterizos y excepcionar la regla general de un espacio sin fronteras interiores. Hablamos del restablecimiento temporal de controles fronterizos cuando circunstancias excepcionales pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en fronteras interiores (artículo 29 CFS 2016)<sup>113</sup>. Dado que esta modalidad de restablecimiento presenta una estrecha vinculación con el objeto de esta investigación, será objeto de análisis en otro epígrafe.

### 3.2.2 La transferencia de los controles a las fronteras exteriores

El complemento necesario e imprescindible para la supresión de las fronteras interiores en el Espacio Schengen fue el establecimiento de unas fronteras exteriores comunes. Este cinturón fronterizo común se convirtió en la medida compensatoria a la libre circulación más importante para garantizar que el ejercicio de la mencionada libertad se realizara de una forma ordenada, coordinada y segura.

En virtud del artículo 17 de los Acuerdos Schengen de 1985 «(...) las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas (...)». Esta utilización del verbo «transferir» por parte de los signatarios fue, hasta cierto punto, engañosa. Para DEL VALLE GÁLVEZ, aunque el empleo de este verbo obedeció a la intención de ser sumamente respetuosos con la soberanía territorial de los Estados parte, no refleja la magnitud del cambio jurídico que se produjo a raíz de la aprobación de los Acuerdos Schengen<sup>114</sup>. El precepto daba a entender que cada Estado

- 
- Se introduce una nueva posibilidad de prorrogar los controles en las fronteras interiores por un periodo máximo de dos años cuando la amenaza grave para el orden público o la seguridad interior persista más allá del plazo de un año, siempre que se pueda atribuir a los mismos motivos (por ejemplo, amenaza relacionada con las actividades de una red terrorista de carácter transfronterizo) y que se adopten medidas nacionales excepcionales proporcionadas en el territorio con el fin de hacer frente a la amenaza (tales como el estado de emergencia);
  - Una mejora de los procedimientos de evaluación y análisis de riesgos de la adopción de la medida.

<sup>113</sup> De conformidad con el artículo 29.1 CFS 2016 «En circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores (...), y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo, los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores con arreglo al apartado 2 del presente artículo por un período que no supere los seis meses. Ese período podrá prolongarse en tres ocasiones como máximo, por un nuevo período de hasta seis meses, en caso de que persistan las circunstancias excepcionales». Con carácter general, este procedimiento está previsto para aquellas situaciones en las que, como consecuencia de la afluencia masiva de migrantes a un determinado Estado miembro, se producen «deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores». Este escenario abre la puerta a que el resto de Estados miembros restablezcan sus controles fronterizos internos mediante la aplicación de una recomendación del Consejo que es adoptada de conformidad con el apartado segundo del mismo precepto.

<sup>114</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de Fronteras y Unión Europea», cit., p. 83.

retiraría los controles de un determinado sector fronterizo para situarlos en otro sector diferente de sus propias fronteras (v.g., España trasladaría sus controles fronterizos de los Pirineos o La Raya a Ceuta y Melilla, es decir, de una frontera interior española a una frontera exterior española). Sin embargo, la idea era bien distinta: no es solo y únicamente que cada Estado transfiriera sus controles fronterizos de una sección a otra de sus propias fronteras, sino que, en realidad, dicha transferencia implicaba el traslado de los controles fronterizos de un Estado a una sección fronteriza de otro Estado diferente (v.g., Francia y Portugal también trasladaron sus controles fronterizos situados en los Pirineos y La Raya a la frontera de Melilla, es decir, de las fronteras interiores francesa y portuguesa a la frontera exterior española). Esta singular metodología implica que cualquier Estado cuyas fronteras sean categorizadas como exteriores «realiza las funciones de control [...] que anteriormente realizaban singularmente todos y cada uno de los otros Estados de la Unión Europea [en sus respectivas fronteras con terceros Estados]»<sup>115</sup>. En síntesis, el modelo Schengen de fronteras supuso, en un primer momento, que las autoridades de un Estado ejercieran labores de función pública por cuenta de los otros Estados y, a partir de su comunitarización en el Tratado de Ámsterdam, por cuenta de la Unión Europea. Funciones que no solo se limitan a la vigilancia y a las inspecciones fronterizas, sino que también se extienden a otras funciones conexas que son necesarias para la prevención y salvaguarda de la seguridad interior y del orden público de todos los Estados parte de Schengen. De ahí la necesidad de un régimen común que garantice unos principios y procedimientos comunes. Al fin y al cabo, el pilar esencial del entramado normativo es el reconocimiento mutuo del control de acceso realizado por otros Estados. Estados que, además, «no poseen necesariamente fronteras comunes, admitiendo a Estados no limítrofes como competentes para decidir en el marco institucional de la Unión Europea el régimen de controles fronterizos de un Estado miembro»<sup>116</sup>.

Hasta la entrada en vigor del CAAS, los casos de no coincidencia entre frontera-línea y frontera-lugar de control fronterizo constituían excepciones bastante ocasionales en el contexto internacional. Por ejemplo, era posible que un determinado Estado acordara convencionalmente con otro Estado vecino limítrofe adelantar sus controles fronterizos

---

<sup>115</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 335. Como consecuencia de la implantación del modelo europeo de fronteras, un total de 12 Estados parte de Schengen no practican ningún tipo de control en sus fronteras terrestres (al considerarse todas ellas fronteras interiores): Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 337.



al territorio de este último por razones de eficacia o rapidez de las comunicaciones transfronterizas, o incluso por razones orográficas. Sin embargo, con Schengen se proclama «un régimen sistemáticamente establecido de no coincidencia entre la frontera [línea] y la frontera-control fronterizo; la acción de control fronterizo exterior se hace por un Estado al servicio, por cuenta o mandato, de los otros Estados, o de la comunidad jurídica de intereses que es la UE»<sup>117</sup>.

En conclusión, el modelo europeo de fronteras supone que la función internacional de la frontera como lugar de control fronterizo no tenga el mismo significado que para el resto de los Estados de la Sociedad Internacional. La frontera exterior se convierte en «una única, cerrada y continua línea de entrada y salida, línea compuesta por tramos de frontera [línea] singulares de todos los Estados componentes del territorio, además de por un buen número de puertos y aeropuertos de todos los Estados»<sup>118</sup>.

### 3.2.3 El modelo europeo de frontera exterior: el concepto operativo de frontera

#### *a) La separación entre el trazado de la frontera exterior y el control de la frontera exterior*

En el epígrafe anterior se afirmaba que el modelo europeo de fronteras se caracteriza por la separación entre la frontera línea y la frontera lugar de control, debido al traslado de los controles fronterizos internos a las fronteras exteriores. Como trataremos de demostrar a continuación, tal afirmación es, hasta cierto punto, imprecisa o, para ser más exactos, resulta incompleta. Del epígrafe precedente se desprende que los controles fronterizos internos se trasladan, en terminología del Derecho de la Unión, de la frontera línea-interior a la frontera-línea exterior. Esa fue, a todas luces, la intención de los firmantes del Acuerdo Schengen de 1985 y, con toda probabilidad, la del legislador comunitario cuando el acervo Schengen se comunitarizó. Sin embargo, ni aquellos ni estos parecían contar con que una adecuada gestión de la inmigración precisaba, también en su medida, transformaciones adicionales en el modelo tradicional de frontera.

Coincidimos plenamente con DEN HEIJER en que la frontera, pese a ser el primer y principal instrumento a disposición de los Estados para controlar la inmigración, es

---

<sup>117</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», cit., p. 336.

<sup>118</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de Fronteras y Unión Europea», cit., p. 83.

inefectiva<sup>119</sup>. En ella, la potestad que permite a los Estados excluir a los extranjeros que no cumplen los requisitos para entrar en su territorio (régimen de extranjería) debe ejercerse respetando las obligaciones asumidas convencionalmente con respecto a aquellos que quieren solicitar protección internacional (régimen de asilo). Como veremos con posterioridad, esta dualidad de regímenes jurídicos aplicables (asilo y extranjería), dificulta enormemente el control de la entrada de personas cuando ambas categorías llegan al mismo tiempo y utilizando los mismos medios a un determinado Estado.

Tradicionalmente, las autoridades de los Estados han realizado las labores propias de control fronterizo (vigilancia e inspección) en sus fronteras geopolíticas. Sin embargo, desde hace algunos años, el *modus operandi* de los Estados receptores de flujos migratorios mixtos (inmigrantes económicos y solicitantes de protección internacional) es tratar de evitar a toda costa tener que discernir entre quién merece protección internacional y quién debe ser retornado a su país de origen (principalmente porque para realizar tal operación sería necesario dejar entrar a todos en el territorio, con las consecuencias que ello implica y que se verán con posterioridad). Para ello se ha procedido a una desterritorialización del control de la frontera, evitando así la aplicación de determinadas normas de su ordenamiento jurídico cuyo ámbito de aplicación es territorial. Sirva como ejemplo la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante, Directiva sobre Procedimientos de Asilo), que al definir su ámbito de aplicación establece que «la presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas *en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros*, y a la retirada de la protección internacional» (artículo 3).

En un espacio sin fronteras interiores como el Espacio Schengen, poner en práctica las maniobras de desterritorialización a las que nos hemos referido supone deslocalizar el control de las fronteras exteriores y se ha hecho, principalmente, a través de dos vías: trasladando el control fronterizo a lugares donde, en principio, el Estado en cuestión no tiene jurisdicción y negando la jurisdicción en un espacio donde, de acuerdo con su ordenamiento jurídico, el Estado sí la tiene.

---

<sup>119</sup> Maarten DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS, (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, p. 169.

### *b) La extraterritorialización de los controles fronterizos*

La extraterritorialización de los controles fronterizos supone trasladar estos últimos más allá de la frontera-línea, a un espacio donde el Estado no tiene jurisdicción<sup>120</sup>. Esto, en el caso de la Unión Europea, implica que un Estado miembro cuyas fronteras adquieren la categoría de exteriores desvincula los controles de entrada de su frontera geopolítica. Estas medidas «desafían el clásico *dictum* en virtud del cual el Estado ejerce su poder ejecutivo por sus propios funcionarios y confinado al contexto de su propio territorio»<sup>121</sup>.

Como podrá observarse a lo largo de este trabajo, el ejemplo más ilustrativo de esta práctica se produce en las fronteras marítimas de la Unión Europea, lo que se ve facilitado por sus características naturales. Como afirman SOBRINO HEREDIA y OANTA, «la característica principal de la frontera marítima es la falta de definición, su porosidad, [dado que] su extensión y composición impiden visualizar una frontera sólida»<sup>122</sup>. Pese a ello, como veremos en el Capítulo V, hay cierto consenso doctrinal (fácilmente justificable desde el punto de vista jurídico) en situar la frontera marítima en el límite exterior del mar territorial de los Estados. Sin embargo, en el mencionado Capítulo se demostrará que tanto el ordenamiento jurídico de la Unión como sus instituciones avalan un concepto virtual u operativo de frontera marítima que permite trasladar sus controles allá donde se sitúe la amenaza para el Espacio Schengen. Lo que equivale, como hemos anticipado, a una deslocalización de los mismos. De esta forma, se consigue que los elementos de contención fronteriza de los Estados destinatarios de flujos migratorios

---

<sup>120</sup> Sobre extraterritorialización de los controles fronterizos *vid.*, entre otros, Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS, (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010; Violeta MORENO LAX, «The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The ‘Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without Protection’ Paradigm», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 56, n.º 1, pp. 129-140; Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State’s Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, n.º 2, pp. 200-211; Violeta MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017; Lisa HESCHL, *Protecting the rights of refugees beyond European Borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018; Melanie FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in “Multi-Actor Situations” under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, y Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

<sup>121</sup> Tom DE BOER, «Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection», *Journal of Refugee Studies*, vol. 21, n.º 1, 2015, pp. 118-134, *apud* Joana ABRISKETA URIARTE, «La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, p. 129.

<sup>122</sup> José Manuel SOBRINO HEREDIA y Gabriela Alexandra OANTA, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», *AFDUDC (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña)*, n.º 14, 2010, p. 763.

marítimos (las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza) actúen en espacios donde no alcanza el ámbito de aplicación del régimen sobre asilo, con el consiguiente perjuicio para los derechos humanos de los solicitantes de protección internacional<sup>123</sup>.

Aunque la exportación de los controles de las fronteras marítimas exteriores de la Unión Europea, en concreto de la vigilancia, sea el ejemplo más ilustrativo y más común de deslocalización de los controles fronterizos entre los Estados receptores de flujos migratorios (de hecho, es el que se analizará en profundidad en el Capítulo V), no es el único. En el contexto de la otra modalidad de control fronterizo, las inspecciones, también es usual la práctica de la deslocalización<sup>124</sup>. Las inspecciones fronterizas extraterritoriales adquieren el nombre de «pasos fronterizos comunes», «controles yuxtapuestos» o «*pre-clearance*», dependiendo de cada Estado<sup>125</sup>. En el Derecho de la Unión, los pasos fronterizos comunes son regulados en el apartado 1.1.4 del Anexo VI CFS 2016, en virtud del cual «Los Estados miembros podrán celebrar o mantener acuerdos bilaterales con terceros países vecinos por lo que respecta al establecimiento de pasos fronterizos comunes en los que los agentes de la guardia de fronteras del Estado miembro y los agentes de la guardia de fronteras del tercer país realicen inspecciones de entrada y salida de forma sucesiva con arreglo a su legislación en el territorio de la otra parte. Los pasos fronterizos comunes podrán estar situados o en el territorio del Estado miembro o en el territorio del tercer país». Se trata, al fin y al cabo, de impedir que el extranjero que no

---

<sup>123</sup> Dado que el objeto de esta investigación es el régimen jurídico de la actividad de vigilancia fronteriza sobre los flujos migratorios en la Unión Europea, el concepto de vigilancia fronteriza resulta esencial, motivo por el cual será abordado en profundidad en el Capítulo III. No obstante, conviene destacar al menos que el CFS 2016 entiende por tal «la vigilancia de las fronteras entre los pasos fronterizos y la vigilancia de estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas» (artículo 2, apartado 12, CFS 2016).

<sup>124</sup> Las inspecciones fronterizas son las «las inspecciones efectuadas en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas, incluidos sus medios de transporte y los objetos en su posesión en el territorio de los Estados miembros o su abandono» (artículo 2, apartado 11, CFS 2016).

<sup>125</sup> Estados Unidos es, posiblemente, el país que cuenta con una experiencia más dilatada en el mecanismo de las pre-autorizaciones (*preclearance*, en inglés). La pre-autorización es el proceso mediante el cual los oficiales de la *United States Customs and Border Protection* (US CBP) desplegados en el extranjero, en virtud de acuerdos bilaterales *ad hoc* con terceros Estados, revisan la documentación y toman decisiones sobre la admisibilidad de los pasajeros cuyo destino es EE. UU. con carácter previo al embarque. Conforme al *Code of Federal Regulations*, Título 8, Capítulo 1, Subcapítulo B, Artículo 235.5, «respecto a cualquier nave, buque o tren procedente directamente, sin parada, de un puerto o lugar en un territorio extranjero a un puesto fronterizo en EE. UU., el examen e inspección de los pasajeros y tripulación requerido por la legislación así como la determinación de su admisibilidad pueden ser realizadas antes de la salida del mencionado territorio extranjero y tendrá los mismos efectos que si se hubiera realizado en el puesto fronterizo de Estados Unidos». Entre los instrumentos para formalizar esta práctica con otros Estados se puede citar el *Agreement on Land, Rail, Marine, and Air Transport Preclearance between the Government of the United States of America and the Government of Canada*, de 16 de marzo de 2015. Este tipo de acuerdos se ha extendido, en lo que respecta al ámbito aéreo, a Bermudas (1974), Bahamas (1974), Aruba (1987 y 1994), Irlanda (1986 y 1994) y Abu Dhabi (2014).

cuenta con la documentación requerida para entrar en un determinado territorio pueda acceder, en su Estado de origen, al medio de transporte que le llevará hasta su destino<sup>126</sup>.

Como señala KESBY, el proceso de relocalizar los controles fronterizos ha cambiado drásticamente la naturaleza de la frontera, esta última «ya no solo se limita a ser el borde del Estado, sino que es exportada, de manera que una persona puede experimentar una frontera extranjera estando todavía en territorio de su propio país»<sup>127</sup>.

### *c) La desterritorialización interna de los controles fronterizos*

El fenómeno de la extraterritorialización de los controles migratorios ha sido objeto de una intensa investigación doctrinal, sin embargo, no es la única modalidad de deslocalización de los controles fronterizos. Como hemos adelantado, con el objetivo de evitar la aplicación de determinadas normas de sus ordenamientos jurídicos (como el régimen jurídico de asilo o, incluso, el de extranjería), algunos Estados receptores de

---

<sup>126</sup> Los controles yuxtapuestos comenzaron a implementarse en virtud del Protocolo de Sangatte, firmado por Francia y Reino Unido en 1991 y en vigor desde 1993 (*Protocol between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the French Republic concerning frontier controls and policing, co-operation in criminal justice, public safety and mutual assistance relating to the Channel fixed link*, adoptado en desarrollo del Tratado de Canterbury de 1986, concluido entre Francia y Reino Unido). Como resultado del acuerdo, los controles migratorios y de aduanas franceses sobre los trenes procedentes de Reino Unido tendrían lugar en las salidas de Cheriton (Condado de Kent, Reino Unido), en lugar de a su llegada a Francia. En el sentido opuesto del viaje, los controles británicos tendrían lugar en Coquelles (Departamento de Paso de Calais, Francia), antes de embarcar en el tren con destino a Reino Unido. Cabe recordar que Reino Unido, a pesar de ser un Estado miembro de la Unión Europea, nunca formó parte, por decisión propia, del Espacio Schengen, lo que justificaba la existencia de controles fronterizos con Francia y con el resto de Estados miembros de la Unión.

El 29 de mayo de 2000, Francia y Reino Unido firmaron un Protocolo Adicional al Protocolo de Sangatte para localizar puntos de control de inmigración en las estaciones del tren Eurostar de ambos países, esto es, el servicio ferroviario de alta velocidad que comunica Londres con París y Bruselas a través del Eurotúnel, situado bajo el Canal de la Mancha. Posteriormente, Bélgica se unió a la práctica franco-británica mediante la inclusión de la Estación de Midi, en Bruselas, en un acuerdo tripartito. Como resultado de estos acuerdos, los controles de inmigración de los pasajeros con destino a Bélgica o Francia (Espacio Schengen) son realizados en Reino Unido por parte de la Policía de Fronteras Francesa o la Policía Federal Belga. En el sentido opuesto del viaje, cuando se parte desde Francia o Bélgica a Reino Unido (saliendo, por tanto, del Espacio Schengen), los pasajeros pasan los controles migratorios británicos antes de embarcar en el tren. Comprobada la efectividad de los acuerdos vía Eurotúnel y vía ferrocarril, el 4 de febrero de 2003, Francia y Reino Unido concluyeron también el Acuerdo de Touquet (*Treaty between the Government of the United Kingdom and the Government of the French Republic concerning the implementation of frontier controls at sea ports of both countries on the Channel and North Sea*, de 24 de mayo de 2011), con el fin de extender estos controles a sus puertos marítimos. De esta forma, el acuerdo previó controles yuxtapuestos en puertos como Calais, Dover o Dunquerque, desde donde parten los transbordadores para cruzar el Canal de la Mancha.

Sobre el régimen jurídico de los controles yuxtapuestos *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «Fronteras más allá de las fronteras. Inspecciones fronterizas extraterritoriales, controles yuxtapuestos, preclearance y la supresión de la protección internacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México* (Universidad Autónoma), Tomo LXIX, n.º 275, septiembre-diciembre 2019, pp. 361-387.

<sup>127</sup> Alison KESBY «Shifting and Multiple Border and International Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 27, 2007, p. 101, *apud* Maarten DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», *cit.*, p. 170.

flujos migratorios optan por negar la presencia en su territorio de quien, *de facto*, se encuentra allí. Es decir, se produce una desterritorialización interna del control, de forma que el Estado entiende que su ordenamiento jurídico no se aplica a aquellas personas que, a pesar de estar dentro de su territorio, no han superado el mencionado control. Esta práctica se articula jurídicamente excluyendo del ámbito de aplicación espacial de la normativa sobre extranjería y asilo determinadas partes del territorio del Estado en cuestión.

El primer país que optó por este tipo de prácticas fue Australia, en la que fue denominada la «Solución pacífica australiana». La estrategia fue implementada a raíz del caso Tampa en 2001<sup>128</sup> y estaba compuesta por dos medidas principales. En primer lugar, mediante la *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act 2001* y la *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act 2001* se excluyeron de la *Australian migration's zone* a cientos de islas australianas, evitando la aplicación de su legislación migratoria a los inmigrantes que llegaran por mar hasta ellas. De esta forma, a pesar de encontrarse físicamente en territorio australiano, Australia negaba que estas personas hubieran entrado, a efectos migratorios, en su territorio. En segundo lugar, tras un acuerdo del Primer Ministro Australiano con el Gobierno de Nauru, los solicitantes de protección internacional interceptados en alta mar fueron trasladados a los centros de detención situados en este país para tramitar allí sus solicitudes<sup>129</sup>.

De forma similar a Australia, España también ha materializado la desterritorialización interna de los controles fronterizos en su Ley Orgánica de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). En Ceuta y Melilla, a los solos efectos del régimen de extranjería (y únicamente en relación con los intentos de entrada irregular de inmigrantes), la frontera no viene representada por la frontera-línea establecida convencionalmente con Marruecos, sino por el cordón de agentes de las fuerzas de

---

<sup>128</sup> El *Tampa* era un barco comercial noruego que rescató a más de 400 solicitantes de asilo que se dirigían hacia Australia. Tras la negativa de Australia a permitir el desembarco, el buque noruego desobedeció las ordenes tratando de acercarse a la isla australiana de Christmas Island. Tal actuación dio lugar a que las autoridades australianas reaccionaran acordando la exclusión de la isla de la *Australian migration zone* y desviando el traslado de los solicitantes de asilo a Nauru.

<sup>129</sup> El acuerdo se materializó mediante la firma del *Memorandum of Understanding between the Republic of Nauru and the Commonwealth of Australia for Cooperation in the Administration of Asylum Seekers and Related Issues* el 11 de diciembre de 2001. Paralelamente fueron firmados acuerdos de la misma naturaleza y con el mismo objetivo con Papúa Nueva Guinea.

seguridad encargadas de la vigilancia fronteriza situados en la retaguardia de la valla que simboliza la frontera línea. Los guardias fronterizos encarnarían así la idea del concepto operativo de frontera. De acuerdo con este último, solo cuando los inmigrantes consiguen rebasar la línea de contención constituida por las mencionadas fuerzas de seguridad, que se sitúan por detrás de la valla fronteriza, estarían en territorio español y les sería aplicable el régimen de extranjería. En el resto de casos, como aquellos en los que los inmigrantes se encuentran encaramados a la valla o, incluso, han superado esta última antes de sobrepasar el cordón de guardias civiles (encontrándose ya en territorio español), no se les aplica el régimen de extranjería. Ello, supuestamente, permite que estos últimos puedan ser devueltos a Marruecos sin la necesidad de tramitar ningún tipo de procedimiento administrativo, dando lugar a las denominadas «devoluciones en caliente». Las mismas serán objeto de un estudio más detallado en el Capítulo IV.

Por último, entre los ejemplos de desterritorialización interna de los controles fronterizos, también cabe destacar el caso de los aeropuertos. En concreto, de las zonas de tránsito de los aeropuertos. DEL VALLE GÁLVEZ las define como «determinadas zonas aeroportuarias en las que las personas de cualquier nacionalidad y vuelo de procedencia o destino se encuentran transitando con carácter previo o posterior al control estatal de frontera -de ese u otro aeropuerto-, y que constituyen, con una u otra finalidad, espacios delimitados y cerrados para esta utilización provisional de movimiento internacional de personas»<sup>130</sup>. En las mismas podemos encontrar tanto a viajeros en escala como a personas rechazadas en frontera y solicitantes de asilo, entre otros supuestos. Es precisamente su funcionalidad la que las convierte en zonas que se caracterizan por constituir casos especiales a los efectos de aplicación funcional del ordenamiento jurídico nacional, ya que en las mismas se produce otro de los casos de separación entre la frontera-línea y la frontera lugar de control. Piénsese en el caso de una persona que desembarca de un avión en España desde Nueva York con la intención de hacer escala para trasladarse a Dubái. En el intervalo entre el desembarque del avión procedente de Nueva York y el embarque al avión con destino a Dubái, esta persona esperará en la zona de tránsito, encontrándose físicamente en territorio español, pero sin haber cruzado los puestos fronterizos situados en el aeropuerto español.

---

<sup>130</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 9, 2005, p. 3.

En supuestos como el expuesto anteriormente se separa la «entrada material o física» en el territorio de la «entrada formal o jurídica». Ante esta situación, en determinadas ocasiones los Estados han optado por «un retraimiento voluntario de ejercicio de competencias territoriales y personales» en las zonas de tránsito, al entender que las personas que se encuentran en ellas no han entrado formalmente en el territorio, no considerando de aplicación sus regímenes jurídicos en materia de extranjería y asilo<sup>131</sup>. No obstante, en la Unión Europea estas prácticas son cada vez menos comunes, al existir jurisprudencia del TEDH y el TJUE contrarias a las mismas<sup>132</sup>.

#### *d) Conclusión sobre el modelo europeo de fronteras*

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este epígrafe, el modelo europeo de fronteras implicaría, no solo la separación entre la frontera-línea y la frontera lugar de control (por el traslado de los controles interiores a las fronteras exteriores), sino también la separación entre la supuesta frontera lugar de control (frontera-línea exterior) y su propio control (por la deslocalización de los controles fronterizos exteriores). Los tratados, sin embargo, solo han previsto la primera de las fases, la separación del control de una determinada línea (frontera interior) para trasladarlo a otra línea (frontera exterior). Como se tratará de demostrar a lo largo de esta investigación, es imprescindible que la segunda fase de mutación del concepto tradicional de frontera provocada por los flujos migratorios, la cual implicaría la separación o deslocalización del control de las fronteras exteriores, también sea desarrollada por el derecho originario de la Unión. A lo largo de este trabajo se tratará de demostrar que, aunque esta posibilidad se haya contemplado en el derecho derivado, no se ha desarrollado de manera tal que permita el cumplimiento con

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>132</sup> En concreto, en la STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, el TEDH estimó, en relación con la denegación de entrada formal en Francia de solicitantes de asilo que se encontraban en el aeropuerto de París-Orly, que las personas que se hallaban en la zona de tránsito estaban sujetas al Derecho francés aunque en aplicación de la *Ordonnance du 2 novembre 1945* no se encontraran formalmente en Francia (ap. 52). Por su parte, la STJUE de 4 de mayo de 2017, *Oussama El Dakkak, Intercontinental SARL y Administration des douanes et droits indirects*, as. C-17/16, resolvió una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Francia) en la que se preguntaba sobre la aplicación de un Reglamento comunitario a las zonas de tránsito de los aeropuertos. En su fallo, el TJUE indicó, en primer lugar, que «los aeropuertos de los Estados miembros forman (...) parte del territorio de la Unión» (ap. 24) y, en segundo lugar, que «los artículos 52 TUE y 355 TFUE no excluyen estas zonas del ámbito de aplicación territorial de los Tratados, ni prevén excepciones relativas a ellas» (ap. 25). De lo anterior se deduce que «cuando una persona física se desplaza de un lugar que no forma parte del espacio geográfico al que se refieren los artículos 52 TUE y 355 TFUE a un lugar que forma parte de este, entra en la Unión» (ap. 25), resultando aplicable el Derecho de la Unión.



la normativa de protección de los derechos humanos, tanto de los inmigrantes económicos como de los solicitantes de asilo que tratan de llegar a la Unión Europea<sup>133</sup>.

#### **4. EL IMPACTO DE LA CRISIS MIGRATORIA EN EL MODELO EUROPEO DE FRONTERAS**

##### **4.1 La frontera como lugar de control migratorio**

Como se ha destacado a lo largo de este Capítulo, una de las funciones principales de las fronteras es controlar la entrada de personas, mercancías, transportes y servicios en un determinado Estado. En el contexto concreto de la Unión Europea, la historia reciente hace necesario prestar especial atención a la frontera como lugar de control de la entrada de personas, y en concreto de los flujos migratorios, ya que es este ámbito específico el que ha puesto en jaque, por encima de cualquier otro tipo de circunstancia, el modelo europeo de fronteras. Como ya se ha destacado al introducir este trabajo de investigación, el impacto de la crisis migratoria en la Unión Europea tiene carácter estructural y permanente, afectando a los ámbitos político, jurídico, económico e incluso social. La afluencia masiva de nacionales de terceros Estados en los últimos años ha puesto en tela de juicio los valores que cimientan la UE, como el respeto a la dignidad y a los derechos humanos; los principios que vertebran la integración, como la libre circulación de personas; y la solidaridad entre los propios Estados miembros. Es por ello que el control fronterizo de los flujos migratorios centra el objeto de esta investigación.

En una sociedad globalizada caracterizada por el cambio económico, político, sociocultural, medioambiental y por la existencia de conflictos armados y Estados fallidos, las causas de la emigración son variadas y prolijas. Pese a ello, como sintetiza DEL VALLE GÁLVEZ, «los movimientos transfronterizos de personas obedecen en última instancia a una pulsión antropológica de búsqueda de supervivencia y mejores condiciones de vida en otros territorios que ofrezcan paz y seguridad»<sup>134</sup>. Esa pulsión convive con la voluntad de los Estados potencialmente receptores de recibir a los candidatos a la emigración. En este contexto, la normativa sobre extranjería se convierte en el instrumento que permite a esos Estados receptores defender su derecho a regular su

---

<sup>133</sup> Sobre la repercusión de los controles extraterritoriales en los derechos de los solicitantes de asilo *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «Vigilancia fronteriza extraterritorial y derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, pp. 135-151.

<sup>134</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 38, 2016, p. 12.

población. Aunque, en virtud del artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado», como sentenció el Tribunal Constitucional, esos derechos deben ejercerse «en los términos que establezcan los tratados y la ley (artículo 13.1 CE) (...)»<sup>135</sup>. Es decir, su ejercicio «está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para el acceso y estancia en el territorio español de los ciudadanos extranjeros»<sup>136</sup>. En definitiva, «es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella (...)»<sup>137</sup>. Existe pues un amplio margen para que los Estados puedan regular la entrada, salida y permanencia de los extranjeros en su territorio, sin que se pueda afirmar la existencia de una obligación para aquellos de admitir, en general, la entrada de nacionales de terceros Estados. Ese margen viene configurado por la normativa de extranjería, que en el caso de la Unión Europea es parcialmente común a todos los Estados miembros que forman parte del Espacio Schengen.

En cuanto a las razones que justifican el control de la entrada de extranjeros en un determinado territorio, las mismas son tan variopintas como las que fundamentan la emigración. Las hay de naturaleza socioeconómica, en cuyo caso los controles «permiten optimizar los servicios públicos y evitar conflictos sociales en relación [con] la distribución de los recursos [escasos] en el caso de movimientos masivos de población»<sup>138</sup>. A ellas se unen las de índole político-cultural, de acuerdo con las cuales las fronteras se perciben como «mecanismos de rechazo a los emigrantes a los que se ve como potencialmente desestabilizadores de (...) la unidad cultural e incluso [de] la identidad nacional de los propios Estados (...)»<sup>139</sup>. Sintetizando todo lo anterior, la Estrategia de Seguridad Nacional 2017 española proclamaba que los flujos migratorios son «desafíos» que «afectan a la estabilidad y cohesión político social de los países de

---

<sup>135</sup> STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2º.

<sup>136</sup> Beatriz L. CARRILLO CARRILLO, «Cuestiones prácticas relativas a las condiciones de entrada de los extranjeros en España», *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), n.º 23, 2005, p. 150.

<sup>137</sup> STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3º.

<sup>138</sup> Francisco Javier VÉLEZ ALCAIDE, *La inmigración irregular por vía marítima hacia Europa del sur. La respuesta de los Estados*, Tesis doctoral, (UNED), 2015 [Disponible en: [http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Fjvelez/VELEZ\\_ALCALDE\\_Francisco\\_J\\_Tesis.pdf](http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Fjvelez/VELEZ_ALCALDE_Francisco_J_Tesis.pdf) (Consultado por última vez el 15/07/2020)], p. 120.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 22.

acogida»<sup>140</sup>. En nuestra opinión, desde el momento en que los flujos migratorios se vinculan con la estabilidad de los países de acogida, el control migratorio pasa de obedecer exclusivamente a razones sociales, económicas, culturales o políticas a trasladarse al plano de la seguridad y el orden público. Dada su relevancia, la relación entre inmigración y seguridad-orden público se abordará más detenidamente con posterioridad.

Para SASSEN, la autonomía de un Estado en cuanto al control migratorio se ve reducida por determinados factores, como el hecho de que «si un gobierno cierra un tipo de entrada, la historia reciente muestra que los números aumentarán en otra»<sup>141</sup>. Este juego de suma cero tiene una especial relevancia en el contexto de la Unión Europea, ya que la desviación de los flujos migratorios hacia Estados miembros vecinos provoca, como consecuencia de la existencia de un espacio libre de fronteras interiores, los mismos efectos que si dichos flujos arribaran al propio territorio. Por este motivo, muchos autores abogan por una política migratoria que ponga el foco también en el origen de las causas de la inmigración, haciendo partícipes a los terceros Estados de origen y tránsito de los flujos, y no solo en el fortalecimiento de las fronteras exteriores de la Unión Europea<sup>142</sup>.

## 4.2 Crisis migratoria, flujos mixtos y diversidad de regímenes jurídicos aplicables

### 4.2.1 Origen y evolución de la crisis migratoria

La llegada irregular de inmigrantes a la Unión Europea ha sido una constante en los últimos veinte años. En 2006, la mejora de las relaciones diplomáticas entre España y Marruecos provocó la desviación de los flujos migratorios desde la ruta del estrecho de Gibraltar hacia África occidental, convirtiendo a Mauritania, Senegal o Cabo Verde en los nuevos puntos de salida de embarcaciones con destino a las Islas Canarias. Esta primera afluencia masiva de personas a un Estado miembro de la Unión Europea fue

---

<sup>140</sup> Gobierno de España, *Estrategia de Seguridad Nacional 2017*, Boletín Oficial del Estado, diciembre de 2017, p. 72. En la misma línea, VÉLEZ ALCAIDE advierte que «los flujos migratorios no controlados pueden sobrepasar la capacidad de acogida de nuestras sociedades con los consiguientes problemas de saturación y bloqueo que podrían suponer para los sistemas sanitario, educativo y social, lo cual podría originar, a su vez, problemas de convivencia y falta de integración, conflictos sociales e inestabilidad política y social» (Francisco Javier VÉLEZ ALCAIDE, *La inmigración irregular por vía marítima hacia Europa del sur. La respuesta de los Estados*, cit., p. 31).

<sup>141</sup> Saskia SASSEN, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, New York, 1996, p. 69.

<sup>142</sup> Entre otros, Robert DOVER, «Towards a Common EU Immigration Policy: a securitization too far», *European Integration*, Vol. 30, n.º 1, 2008, p. 115, *apud* Francisco Javier VÉLEZ ALCAIDE, *La inmigración irregular por vía marítima hacia Europa del sur. La respuesta de los Estados*, cit., p. 26, y Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, 2016, pp. 776 y 777.

denominada «la crisis de los cayucos». Cinco años después, la primavera árabe provocó una auténtica convulsión en numerosos Estados del África mediterránea como Egipto, Túnez o Libia. Entre estos últimos cabe destacar el caso concreto de Libia, que tras más de 42 años de dictadura entraba en una fase de incertidumbre política que a fecha de hoy todavía no se ha resuelto. Los conflictos que se iniciaron en Libia tras el derrocamiento del régimen de Gadafi y, en menor medida, las situaciones análogas que se vivían en los países vecinos, motivaron la emigración masiva de los nacionales de estos países hacia Italia en un primer periodo que se comprende entre 2011 y 2015. No obstante, no fue hasta el estallido de la guerra civil en Siria (consecuencia también de la primavera árabe) que se puede hablar, en puridad, de crisis migratoria (y humanitaria) en la Unión Europea. Y ello porque no fue hasta el año 2015 cuando la política, los fundamentos y los principios de la Unión Europea comenzaron a tambalearse como consecuencia de la llegada de alrededor de 1,83 millones de personas de forma irregular en menos de un año<sup>143</sup>. Aunque, como afirman PASSAGLIA y ROSSI, toda estimación cuantitativa del fenómeno migratorio es aproximativa<sup>144</sup>, puede afirmarse que la mencionada cifra en una población de más de 400 millones de personas no suponía más que un 0,4% del total. El problema fue que llegaron todas a la vez y por el mismo sitio, provocando el colapso de los sistemas de acogida de los países en primera línea y unos movimientos secundarios totalmente descontrolados hacia el resto de los Estados del Espacio Schengen (principalmente a Alemania y Suecia). En total, entre 2015 y 2016 se contabilizaron un total de 2,7 millones de cruces ilegales, focalizando su entrada principalmente en una Grecia devastada por la crisis financiera y en Italia, a las que con posterioridad se les unió España, aunque en menor medida<sup>145</sup>. Desde entonces, la Unión Europea no ha sido capaz de asimilar ni jurídica ni políticamente las llegadas irregulares a las fronteras de la Unión Europea. Mientras que la cifra de llegadas es cada vez menor, la crisis política y de valores generada en el seno de la Unión Europea con motivo de la crisis migratoria sigue sin solucionarse.

---

<sup>143</sup> Información disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20170629STO78629/la-respuesta-de-la-ue-al-reto-migratorio> [Consultado por última vez el 24/05/2020].

<sup>144</sup> Paolo PASSAGLIA y Emanuele ROSSI, «Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 14-1998, 1999, p. 255.

<sup>145</sup> Consecuencia del citado juego de suma 0, el lanzamiento de operaciones conjuntas para controlar la inmigración irregular y los pactos con terceros Estados para tratar de contener la llegada de inmigrantes económicos y refugiados a la Unión Europea han provocado el desvío de los flujos migratorios en los últimos años y la utilización de diferentes rutas: la ruta del Mediterráneo Oriental (cuyo destino es Grecia), la ruta del Mediterráneo Central (cuyo destino es Italia), la ruta del Mediterráneo Occidental (cuyo destino es España) y la ruta de los Balcanes occidentales, que conecta Grecia con Austria a través de Macedonia, Serbia, Croacia, Eslovenia y Hungría.

#### 4.2.2 La naturaleza mixta de los flujos migratorios

Como se ha señalado con anterioridad, las causas que impulsan a una persona a emigrar a otro país son muy variadas (políticas, económicas, culturales, conflictos armados, cambio climático, etc.). No obstante, parece especialmente ilustrativa la clasificación de DEL VALLE GÁLVEZ, el cual, en última instancia, opina que los movimientos transfronterizos obedecen o bien a la búsqueda de la supervivencia o bien a la búsqueda de mejores condiciones de vida<sup>146</sup>. A los efectos de este trabajo, tanto desde un punto de vista expositivo como dogmático, resulta esencial diferenciar entre los nacionales de terceros Estados que viajan a la Unión Europea porque aspiran a obtener el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, y aquellas otros que lo hacen por mejorar sus condiciones de vida.

La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional (en adelante, Directiva de Reconocimiento) entiende por refugiado «un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (...)» [artículo 2.d) Directiva de Reconocimiento]. Por otra parte, la misma norma entiende por «persona con derecho a protección subsidiaria» al «nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, (...)» [artículo 2.f) Directiva de Reconocimiento]<sup>147</sup>. Tanto el estatuto de refugiado como la protección subsidiaria quedan englobados en el término jurídico «protección internacional».

---

<sup>146</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*», cit., p. 12.

<sup>147</sup> En virtud del artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento, «Constituirán daños graves:

- a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o
- b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o
- c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».

Las distintas razones que motivan la emigración justifican que, de ahora en adelante, en este trabajo se divida conceptualmente a los nacionales de terceros Estados que llegan a la Unión Europea entre solicitantes de protección internacional e inmigrantes económicos (por simplicidad, aun sabiendo la pluralidad de factores que pueden motivar la emigración distintos de la solicitud de protección internacional).

Dado que las causas que motivan su viaje son distintas, el régimen jurídico aplicable a los solicitantes de protección internacional y a los inmigrantes económicos es también distinto: en el primer caso es el sistema europeo común de asilo (SECA) y en el segundo el régimen común de extranjería. El problema, sin embargo, es que tanto unos como otros emplean las mismas vías y los mismos medios para llegar a la Unión Europea, siendo una tarea increíblemente difícil determinar el estatus jurídico que corresponde a cada persona cuando llega. Sobre todo, porque, como veremos en el siguiente epígrafe, el estatuto jurídico del solicitante de protección internacional ofrece unas garantías mucho más atractivas que el de extranjería. Ello provoca que, aunque no se cumplan los requisitos para ser beneficiario de protección internacional, su solicitud se haya convertido en un automatismo para todos aquellos que llegan a las fronteras exteriores de la Unión, sean auténticos solicitantes de protección internacional o inmigrantes económicos. Para algunos autores, este *modus operandi* ejemplifica cómo la institución del asilo «ha ido perdiendo su dimensión de protección de casos personales de extranjeros individualmente perseguidos, desnaturalizándose para difuminarse en una dimensión humanitaria de la inmigración»<sup>148</sup>. Por este motivo, hay quien afirma que la frontera ha devenido «inefectiva como instrumento de control de la inmigración, ya que el poder de excluir a los extranjeros tiene que cumplir con las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados internacionales, lo que implica que los refugiados y otras categorías de migrantes puedan solicitar protección (...) una vez que han alcanzado la frontera»<sup>149</sup>.

Como veremos a lo largo de este trabajo, esta dualidad de regímenes jurídicos que detallaremos a continuación provoca, por una parte, que los inmigrantes económicos abusen de las garantías previstas para los solicitantes de protección internacional y, por otra, que, con la finalidad de evitar este abuso, los Estados receptores apliquen el régimen

---

<sup>148</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*», cit., p. 7. En concreto, el autor se refiere a la protección *ex ante* que prevé la normativa europea mientras se tramita la solicitud de protección internacional.

<sup>149</sup> Maarten DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», cit., p. 169.

jurídico de extranjería a potenciales beneficiarios de protección internacional<sup>150</sup>. La postura de los inmigrantes económicos que tratan de aprovecharse de las garantías de un régimen jurídico más ventajoso conduce a que, una vez denegada su solicitud de protección internacional, devengan irregulares y deban ser retornados a sus países de origen, lo cual no siempre es posible. La posición de aquellos gobiernos que aplican a los solicitantes de protección internacional el régimen de extranjería comporta en muchas ocasiones una sistemática vulneración del principio de no devolución, ya que, si bien los solicitantes de protección internacional no tienen derecho a permanecer en el país en el que formulan su solicitud *sine die*, sí que está prohibida su devolución a aquellos países donde su vida y su libertad corran peligro. Sobre este aspecto se profundizará con posterioridad.

#### 4.2.3 Los regímenes jurídicos aplicables a inmigrantes económicos y solicitantes de protección internacional

Como adelantábamos en el epígrafe anterior, independientemente de la causa que motiva la voluntad de emigrar a la Unión Europea, durante la crisis migratoria todos los migrantes (término que engloba tanto a solicitantes de protección internacional como a inmigrantes económicos) utilizaban las mismas vías y medios de entrada a la Unión Europea. Vías de entrada cuya característica esencial es su naturaleza irregular, es decir, la entrada no se produce a través de los puestos fronterizos habilitados sino mediante el cruce de la línea fronteriza en cualquier sección de su trazado. Mientras en el caso de los inmigrantes económicos el motivo del cruce irregular es la ausencia de cumplimiento de los requisitos de entrada estipulados en el régimen de extranjería común, los cuales son comprobados en los puestos fronterizos situados en las fronteras exteriores, en el caso de los solicitantes de asilo la causa de la entrada irregular es su imperiosa necesidad de llegar a la Unión Europea, independientemente de si el lugar es el habilitado por la normativa o no. Como comprobaremos a lo largo de este trabajo, mientras el acervo de la Unión en materia de protección internacional no penaliza la entrada irregular, el régimen de extranjería sí lo hace. Por este motivo, es decir, para intentar tener acceso a lo que no deja de ser una protección ofrecida por la Unión Europea al demandante de protección, los inmigrantes económicos solicitan también protección internacional, para no ser retornados a los países de origen en un primer momento.

---

<sup>150</sup> *Vid.*, en este sentido, Joana ABRISKETA URIARTE, «La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement», cit., p. 122.

En un espacio sin fronteras interiores, además de ser necesaria una política común sobre el control de las fronteras exteriores, también son necesarias unas políticas comunes de inmigración y asilo. Al fin y al cabo, el hecho de que cuando un nacional de un tercer Estado cruce la frontera de un Estado miembro pueda moverse por todo el Espacio Schengen, hace necesario que se establezcan unas reglas comunes de entrada, estancia y permanencia en la Unión Europea, así como un acervo común en materia de protección internacional. La estrecha vinculación entre estos aspectos y el control de fronteras hace que los tres ámbitos sectoriales estén regulados en un mismo capítulo del TFUE (Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración) dentro del Título V, correspondiente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; en la Tercera Parte del Tratado. Realizada ya una primera aproximación a la Política sobre controles en las fronteras (artículo 77 TFUE)<sup>151</sup>, resulta conveniente esbozar los rasgos principales de las políticas de inmigración y asilo (íntimamente conectadas con la anterior) para presentar la normativa que constituye los pilares de esta investigación. No obstante, dada la densidad del acervo en materia de inmigración, se hará especial referencia a aquellas normas que resultan de aplicación cuando los migrantes utilizan cauces de entrada irregulares.

Con una estructura muy similar a la política sobre controles en las fronteras, el TFUE establece, en primer lugar, el objetivo de desarrollar «una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución (...)» (artículo 78.1 TFUE)<sup>152</sup>. En segundo lugar, siguiendo el esquema del artículo 77 TFUE, el apartado segundo del artículo 78 TFUE reconoce la competencia de la Unión para establecer, de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo (SECA). Dentro del mencionado sistema, la norma que cobra un mayor protagonismo en el ámbito objeto de esta investigación es la ya mencionada Directiva sobre Procedimientos de Asilo, la cual fija las normas de todo el proceso de solicitud de asilo, incluidas las relativas a la presentación de la solicitud, su examen, la asistencia a los solicitantes y las vías de recurso, entre otras cuestiones<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> *Vid. supra*. Epígrafe 3.1.

<sup>152</sup> Y añade que «Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes».

<sup>153</sup> A la Directiva sobre Procedimientos de Asilo se unen, formando también parte del SECA:



En cuanto a la política común de inmigración, el artículo 79 TFUE establece en su apartado primero el objetivo de desarrollar «una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». Con tal finalidad, se reconoce la competencia de la Unión para, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptar medidas relativas a «las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración (...); la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro (...); la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal y la lucha contra la trata de seres humanos, (...)». Al igual que hemos indicado que ocurre con la política común de asilo, también el corpus normativo de la política común de inmigración es muy denso, constituyendo un entramado de normas de distinta naturaleza. No obstante, a los efectos de este trabajo, conviene destacar, por su importancia y vinculación con la política sobre controles en las fronteras:

- El ya mencionado Código de Fronteras Schengen 2016, el cual, además de disponer la ausencia de controles en las fronteras interiores, al establecer normas

---

- La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Esta contempla la provisión de determinadas condiciones de acogida a los solicitantes de asilo mientras esperan que se estudie su solicitud (alojamiento, alimentos, asistencia sanitaria y empleo, además de atención médica y psicológica).

- La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (Directiva de Reconocimiento). Esta es la norma que, como hemos analizado, diferencia las distintas modalidades de protección internacional.

- Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Reglamento de Dublín). En virtud de esta norma, la responsabilidad de examinar las solicitudes recae en el Estado miembro que haya desempeñado el papel más preponderante en la entrada o residencia del solicitante en la Unión Europea. Los criterios para la determinación del mencionado Estado son: consideraciones familiares, la posesión reciente de un visado o un permiso de residencia en un Estado miembro o las circunstancias de entrada del solicitante en la Unión Europea (irregular o regular).

- Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares. Este último crea una base de datos de impresiones dactilares con la finalidad de determinar, entre otras cuestiones, el Estado responsable de tramitar la solicitud de protección internacional.

aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión, configura buena parte del régimen de extranjería, como las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países (artículo 6 CFS 2016).

- La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva Retorno), la cual tiene por objeto establecer normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>154</sup>.

#### 4.3 El impacto de la crisis migratoria en las fronteras interiores

##### 4.3.1 Los movimientos secundarios de inmigrantes como una cuestión de seguridad interior y orden público

Como se ha destacado anteriormente, a raíz de la Primavera Árabe del año 2011 miles de migrantes procedentes de los países del sur del Mediterráneo desembarcaron en las costas italianas (concretamente en la isla de Lampedusa). Ante el desborde que sufrió, Italia solicitó a la Unión Europea reubicar a las personas que habían llegado a su territorio entre el resto de Estados miembros. Sin embargo, el Consejo, actuando en su formación de Asuntos de Justicia e Interior, rechazó la propuesta de Italia, lo cual provocó el malestar del Gobierno transalpino. A causa de esta situación, el ejecutivo italiano concedió a los migrantes un permiso de residencia temporal por razones humanitarias y documentos de viaje, lo que les habilitaba para poder cruzar las fronteras interiores de los Estados parte de Schengen. Ello provocó, a su vez, una agria reacción de Francia, cuyo Gobierno decidió impedir la circulación de los trenes italianos en el paso fronterizo de Ventimiglia, alegando la necesidad de una actuación urgente por motivos de orden público (artículo 25 CFS 2006, actual artículo 28 CFS 2016). Como ya indicamos en un epígrafe anterior, en virtud del artículo 28 CFS 2016 (antiguo artículo 25 CFS 2006)

---

<sup>154</sup> Como apuntábamos, el acervo en materia de política migratoria común es muy denso. Además de las normas específicamente señaladas se pueden citar el Reglamento (CE) n.º 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados.

«Cuando el orden público o la seguridad interior de un Estado miembros exijan una actuación inmediata, el Estado miembro de que se trate podrá, con carácter excepcional, restablecer inmediatamente los controles fronterizos en las fronteras interiores por un período limitado no superior a diez días». Este plazo podrá ampliarse por periodos renovables de 20 días, si la amenaza persiste, hasta un máximo de 2 meses. Como ya hemos señalado, en aquella época (anterior a la promulgación del Reglamento 1051/2013) esta era la única vía posible para que Francia pudiera restablecer los controles en su frontera con otro Estado del Espacio Schengen<sup>155</sup>.

Para ELVIRA PERALES, el orden público y la seguridad pública (la cual comprende la seguridad interior, según el TJUE<sup>156</sup>) «son conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación se complica por la necesidad de acudir a los ordenamientos de los Estados miembros para conocer cuáles son los valores que amparan, si bien será el Derecho de la Unión el que en última instancia determine la admisibilidad, en términos materiales y procesales, de las valoraciones estatales»<sup>157</sup>. En definitiva, la aplicación de las limitaciones corresponde a las autoridades nacionales competentes, pero la adecuación de las mismas al Derecho de la Unión Europea y la idoneidad de su interpretación está siempre y en cada caso sometida al control del TJUE<sup>158</sup>. En España, la doctrina

---

<sup>155</sup> Sobre esta materia *vid.* Jean Dominique GIULIANI, «L'Union européenne et la Méditerranée», *Revue du droit de l'Union Européenne*, n.º 1, 2011, pp. 5-15; Piermario MATTERA, «Justice, liberté, sécurité (la Communication de la Commission européenne sur la migration)», *Revue du droit de l'Union Européenne*, n.º 2, 2011, pp. 243-250; Chiara FAVILLI, «L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione», *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 94, n.º 3, 2011, pp. 693-730; Bruno NASCIBENE e Alessia DI PASCALE, «L'Unione Europea di fronte all'afflusso eccezionale di persone proveniente del Nord Africa. Una colpevole assenza?», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.º 1, 2011, pp. 17-29; Giuseppe CAMPESI, «The Arab Spring and the Crisis of the European Border Regime: Manufacturing Emergency in the Lampedusa Crisis», *European University Institute Working Paper RSCAS* n.º 59, 2011; Sergio CARRERA, Elspeth GUILD, Massimo MERLINO and Joanna PARKIN, «A Race against Solidarity. The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair», april 2011, Centre For European Policy Studies, Brussels [Disponible en: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/race-against-solidarity-schengen-regime-and-franco-italian-affair/> (Consultado por última vez el 25/05/2020)].

<sup>156</sup> Según el TJUE, la seguridad pública comprende «la seguridad y la defensa nacional y, por tanto, pretende salvaguardar la seguridad interna y externa» (STJUE de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, as. C-273/97, ap. 17; STJUE de 11 de enero de 2000, *Kreil*, as. C-285/98, ap. 17; STJUE de 13 de julio de 2000, *Albore*, as. C-423/98, ap. 18 y STJUE de 11 de marzo de 2003, *Dory*, as. C-186/01, ap. 32).

<sup>157</sup> Ascensión ELVIRA PERALES, «Libertad de circulación comunitaria y orden público en España», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 30, 2007, p. 36.

<sup>158</sup> El TJUE ha sido poco clarificador a la hora de sentar las bases del concepto de orden público, lo cual no contribuye a delimitar su contenido, sino más bien a continuar vagando por las ambigüedades de este concepto jurídico indeterminado. En primer lugar, el Tribunal reconoció en la sentencia *Van Duyn* (SJTUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/71, ap. 18) que «las circunstancias particulares que justifican el tener que acudir al concepto de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, por lo que es preciso reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado», aunque también subrayó que «el concepto de orden público en el contexto comunitario y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de libre circulación de los trabajadores, debe entenderse en sentido estricto de manera que los Estados

pacíficamente coincide en descomponer el orden público en una triada de elementos entre los que se incluye la seguridad, junto con la salubridad y la tranquilidad o comodidad públicas<sup>159</sup>. En concreto, REBOLLO PUIG define la seguridad pública como «el estado de hecho en el que no hay, o los hay en medida reducida, peligros para las personas y los bienes provenientes de la violencia y de los accidentes», la salubridad pública como «el estado de higiene en el que es posible la salud individual sin peligro de contraer enfermedades contagiosas o derivadas de las condiciones sociales» y la tranquilidad pública como «la situación en la que no existen molestias que sobrepasen los inconvenientes normales de la vida en sociedad, como los ruidos excesivos, los malos olores, los obstáculos a los desplazamientos, la suciedad etc.». De acuerdo con esta postura doctrinal, no es difícil sostener que el colapso de los sistemas de acogida de los Estados miembros y la circulación de personas sin identificar o inadecuadamente identificadas por sus territorios, entre otras circunstancias, pueden afectar a la seguridad pública y a la tranquilidad pública de los Estados parte del Espacio Schengen<sup>160</sup>.

---

miembros no puedan determinar unilateralmente su alcance sin sujeción al control de las Instituciones de la Comunidad». En el mismo sentido, la STJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, ap. 26, señaló que «los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias de orden público de conformidad con sus necesidades nacionales», no obstante, «en el contexto comunitario y, especialmente como justificación de una excepción a los principios fundamentales de igualdad de trato y libre circulación (...), dicho concepto ha de ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad». Por otra parte, en los casos *Bouchereau* (STJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 20/77) y *Adoui y Cornuaille* (STJUE de 28 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, asuntos acumulados 115/81 y 116/81), el Tribunal añadió una serie de límites respecto a ese margen de los Estados y argumentó que la invocación del concepto de orden público por una autoridad nacional debía suponer la existencia de «una amenaza real y suficientemente grave de un interés fundamental de la sociedad». En definitiva, se reconoce un cierto margen de apreciación a los Estados para determinar qué situaciones o factores alteran su orden público, pero desde la Unión Europea se impone el deber de entender este concepto en sentido estricto y, además, de utilizarlo como límite al ejercicio de derechos únicamente cuando exista una amenaza real y suficientemente grave.

<sup>159</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección XII: La actividad de limitación», en Tomás CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo III, La actividad de las Administraciones Públicas, Volumen II: El contenido*, Iustel, Madrid, 2009, p. 21 y Manuel REBOLLO PUIG, «Lección I: La actividad administrativa de limitación», en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Coords.), *Derecho Administrativo, Tomo III, Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 28.

<sup>160</sup> Sin perjuicio de que con posterioridad se vuelva a hacer referencia a este caso, la deficiente gestión de las fronteras exteriores por parte del Gobierno griego durante la crisis migratoria en el año 2015 provocó que cinco Estados miembros de Schengen notificaran a la Comisión (de conformidad con el artículo 28.2 CFS 2016) que realizaban controles temporales en sus fronteras interiores en respuesta a una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior causada por movimientos secundarios de migrantes irregulares. Para justificar el restablecimiento Alemania señaló que «[...] la afluencia masiva de migrantes irregulares que no han sido debidamente identificados, a quienes no se les han tomado las impresiones dactilares y que no han sido registrados en ningún otro Estado miembro a su llegada a la UE» era una amenaza grave a su seguridad interna y orden público; por su parte, Austria justificaba la medida por la «[...] presión extrema sobre los servicios de emergencia y las infraestructuras públicas»; en el caso de Suecia, los flujos migratorios provocaban «[...] dificultades para el buen funcionamiento de la sociedad sueca»; Noruega

Junto con todo lo anterior, para entender adecuadamente la relación entre movimientos secundarios de inmigrantes y seguridad interior también debe tenerse en cuenta la peligrosa e injusta vinculación entre inmigración y terrorismo emergida a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, de acuerdo con la cual el control de la inmigración debe tener como causa última la preservación de la seguridad interior de los Estados (más allá de las razones sociales, económicas o políticas que también puedan concurrir). Las respuestas al 11-S en clave institucional en la Unión Europea establecieron claros enlaces entre terrorismo, seguridad, inmigración y fronteras. En este sentido, el 20 de septiembre de 2001 el Consejo, en su formación de asuntos de Justicia e Interior (JAI), propuso una reunión excepcional llamada «Comisión para examinar urgentemente la relación entre la salvaguarda de la seguridad interior y la demanda de instrumentos de protección internacional». Esta vinculación entre control de la inmigración y seguridad se consolidó en el Programa de La Haya de 2004, de acuerdo con el cual «la gestión de los flujos migratorios, incluyendo la lucha contra la inmigración ilegal, debería ser fortalecida mediante el establecimiento de unas medidas continuadas de seguridad que conecten los procedimientos de visado y la entrada y salida de las fronteras exteriores. Estas medidas también son importantes para la prevención y control del crimen, en particular el terrorismo. Para conseguir esto, debe darse un enfoque coherente y soluciones armonizadas en cuanto a los identificadores biométricos y datos». De esta manera, el tenor literal del Programa de la Haya representa lo que los académicos llamaron en 1990 «*security continuum*», que consiste en conectar (tanto en el ámbito jurídico como en el político) los diferentes propósitos de controlar la inmigración y la lucha contra las amenazas a la seguridad como el crimen, el terrorismo u otros<sup>161</sup>.

La securitización de la inmigración tiene sus orígenes en la resolución adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras los atentados del 11 de septiembre de 2001<sup>162</sup>. En la misma, además de manifestarse «una condena inequívoca»

---

basó el restablecimiento de controles fronterizos en «[...] las consecuencias imprevisibles de la presión migratoria y los consiguientes retos para el funcionamiento de la sociedad noruega» y Dinamarca consideró que «[...] las medidas fronterizas adoptadas por los países vecinos podría[n] dar lugar a que un gran número de migrantes ilegales quedaran abandonados en la zona de Copenhague» [COM (2016) 275 final, de 4 de mayo de 2016, p. 4].

<sup>161</sup> Didier BIGO, *Polices en Réseaux. L'Épreuve Européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, p. 229.

<sup>162</sup> La securitización es el proceso mediante el cual los actores con autoridad identifican amenazas existenciales para el Estado, la sociedad u otro objeto particular e implementan medidas extraordinarias en respuesta a esas potenciales amenazas, según definición de Barry BUZAN et al., *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner, 1998, pp. 32 y 33. Para un mayor desarrollo de la teoría de la securitización de la inmigración *vid.*, entre otros, Violeta MORENO LAX, «The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without Protection'»

a los actos terroristas, se adoptaron una serie de medidas para reprimir la financiación y preparación de los ataques. En lo que aquí interesa, entre las recomendaciones a los Estados se puede destacar la invitación a «f) Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el Derecho Internacional, inclusive las normas internacionales de derechos humanos, antes de conceder estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que los solicitantes de asilo no hayan planificado ni facilitado actos de terrorismo, ni participado en su comisión». Así mismo, les exhortaba a «g) Velar, de conformidad con el Derecho Internacional, porque el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por autores, organizadores o patrocinadores de actos de terrorismo, y porque no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa para denegar las solicitudes de extradición de presuntos terroristas»<sup>163</sup>.

#### 4.3.2 Los movimientos secundarios de inmigrantes como origen de una nueva modalidad de restablecimiento de controles fronterizos

En el momento álgido de la crisis migratoria (2015-2017) los controles fronterizos internos fueron restablecidos y prorrogados casi cincuenta veces, cifra en la que también incidieron, aunque en una proporción mucho menor, los atentados terroristas cometidos en suelo europeo durante el mismo periodo<sup>164</sup>. Por ello, numerosos autores afirman que los movimientos secundarios de migrantes provocaron una cierta generalización de una medida que, por el perjuicio que supone para el ejercicio del derecho a la libre circulación de personas, debe ser excepcional<sup>165</sup>.

---

Paradigm», cit., y Andrew W. NEAL, «Securitization and risk in the EU borders: The origins of Frontex», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47, n.º 2, pp. 333-356.

<sup>163</sup> Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 28 de septiembre de 2001, S/RES/1373 (2001).

<sup>164</sup> Datos tomados de la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores [COM (2017) 571 final, de 27 de septiembre de 2017, p. 2].

Sobre la repercusión del restablecimiento de controles fronterizos por amenaza terrorista en el régimen jurídico aplicable en materia de extranjería *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «El restablecimiento de controles fronterizos en el Espacio Schengen, una equiparación inexacta entre fronteras interiores y exteriores: La STJUE de 19 de marzo de 2019», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2019, pp. 1-8.

<sup>165</sup> Así lo afirman Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», cit., p. 762, y Joan David JANER TORRENS, «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, p. 903. En este sentido, el Parlamento Europeo denuncia que «el mantenimiento de controles fronterizos en la Unión o su reintroducción tendría graves repercusiones en la vida de los ciudadanos europeos y de quienes se benefician del principio de libre circulación en la Unión, y menoscabaría gravemente la confianza en las instituciones europeas y la integración; que el mantenimiento o el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores está relacionado con los

Como se ha apuntado con anterioridad, hasta la promulgación del Reglamento (UE) 1051/2013, la única posibilidad para restablecer los controles fronterizos internos era apelando a la protección de la seguridad interior y el orden público de un Estado parte de Schengen. Ahora bien, aunque fuera la única vía, era una potestad cuyo ejercicio dependía en exclusiva de la decisión unilateral del Estado en cuestión, sin que las instituciones de la Unión, más allá del control oficiado por el TJUE, pudieran oponerse a ello<sup>166</sup>. Al observar que los Estados miembros trataban de frenar los movimientos secundarios de migrantes activando sistemáticamente el procedimiento establecido en el artículo 25 CFS 2006 (como fue el caso de Francia en 2011), la Comisión presentó una propuesta conforme a la cual serían las Instituciones de la Unión las que asumirían la iniciativa para hacer frente a la falta de diligencia de determinados Estados en cuanto al control en su frontera exterior en lo que respecta a la llegada masiva de inmigrantes. Argumenta JANER TORRENS que con ello «se pretendía superar el planteamiento unilateral vigente hasta el momento en relación con la imposición de controles fronterizos mediante el diseño de un mecanismo que permitiese a la Unión dar una respuesta coordinada en situaciones críticas, lo cual aumentaría la confianza entre los Estados miembros y reduciría el recurso a iniciativas unilaterales»<sup>167</sup>. Como resultado de este movimiento institucional, el Reglamento (UE) 1051/2013 introdujo en el CFS 2006 una nueva modalidad de restablecimiento de controles fronterizos cuando circunstancias excepcionales pusieran en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en fronteras interiores (artículo 26 CFS 2006, actual artículo 29 CFS 2016).

En virtud del artículo 29.1 CFS 2016, heredero de aquella reforma, «En circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves y persistentes en los controles de las fronteras exteriores según el artículo 21 del presente

---

costes operativos y de inversión directos para trabajadores transfronterizos, turistas, transportistas de mercancías por carretera y administraciones públicas, con efectos catastróficos para las economías de los Estados miembros; que las estimaciones de los costes relacionados con la reintroducción de controles fronterizos podrían [alcanzar] 20 000 millones de euros en costes excepcionales y 2 000 millones de euros en costes operativos anuales; que las regiones transfronterizas resultarán especialmente afectadas», Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre el informe anual sobre el funcionamiento del Espacio Schengen [2017/2256 (INI)].

<sup>166</sup> Sobre la repercusión del restablecimiento de controles fronterizos en el derecho a la libre circulación *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «Los nuevos límites a la libre circulación de turistas en la Unión Europea», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, Vol. 2, n.º 3, pp. 27-40.

<sup>167</sup> Joan David JANER TORRENS, «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la unión europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *cit.*, p. 908.

Reglamento, (...) y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo, los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores con arreglo al apartado 2 del presente artículo (...)).».

Este restablecimiento está vinculado al llamado Mecanismo de Evaluación Schengen (MES)<sup>168</sup>. En efecto, el artículo 21 CFS 2016 prevé las distintas actuaciones que se pueden adoptar como consecuencia de la aplicación del MES a un determinado Estado. Dado que este último será objeto de un análisis pormenorizado en el Capítulo IX, baste ahora con señalar que si el citado mecanismo evidencia deficiencias graves y persistentes en el control de las fronteras exteriores de un Estado miembro «el Consejo podrá recomendar que uno o más Estados miembros decidan restablecer los controles fronterizos en todas sus fronteras interiores o en partes concretas de ellas. La recomendación del Consejo se basará en una propuesta de la Comisión [que, a su vez, puede traer causa de una solicitud de los Estados miembros]» (artículo 29.2 CFS 2016).

La primera vez que se activó esta nueva modalidad de restablecimiento fue en 2016, tras la constatación mediante el MES de que la deficiente gestión de las fronteras exteriores por parte del Gobierno griego durante la crisis migratoria estaba afectando a la seguridad y al orden público del Espacio Schengen<sup>169</sup>. No obstante, conviene destacar que la Decisión mediante la que se recomendaba la realización de controles en las fronteras de determinados países no suponía una aplicación *ex novo* de la nueva técnica de restablecimiento, sino que constituía una recomendación de *continuación* de aquellos controles fronterizos que determinados Estados ya estaban realizando en aplicación unilateral del artículo 25 CFS 2006 (actuación urgente por motivos de orden público)<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> El Mecanismo de Evaluación Schengen viene regulado en el Reglamento (UE) n° 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen.

<sup>169</sup> Véase la Decisión de Ejecución (UE) 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016, por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen.

<sup>170</sup> Conforme a la citada Decisión, Austria, Alemania, Dinamarca, Suecia y Noruega podían mantener controles fronterizos temporales proporcionados por un período máximo de seis meses, a contar desde el día de la adopción de la citada Decisión de Ejecución. Sobre esta Decisión, *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «Primer caso de restablecimiento de los controles fronterizos en circunstancias excepcionales que ponen en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen: comentario a la Decisión de



Lo que se hizo, por tanto, fue una suerte de «comunitarización» de los restablecimientos que ya operaban, transformando decisiones unilaterales nacionales en cumplimientos de recomendaciones del Consejo<sup>171</sup>.

Sin embargo, la detección de deficiencias graves en el control de las fronteras exteriores de un Estado miembro a través del MES no es actualmente la única modalidad para activar el restablecimiento de controles fronterizos cuando circunstancias excepcionales pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en fronteras interiores. El Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas modificó el artículo 29 CFS 2016 introduciendo una nueva posibilidad: «En circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores según el artículo 21 del presente Reglamento, *o como consecuencia del incumplimiento por parte de un Estado miembro de la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 19, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo* [actual artículo 42 Reglamento GEFC 2019], y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo, los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores con arreglo al apartado 2 del presente artículo (...)». Esta modalidad (en cursiva), que se activa cuando un Estado miembro incumple una decisión del Consejo mediante la cual se le imponen una serie de medidas a adoptar en sus fronteras exteriores en colaboración con la Agencia de la Guardia

---

ejecución 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016», *Revista General de Derecho Europeo*, 41, 2017, pp. 252-273.

<sup>171</sup> La recomendación de realización de controles se prorrogó hasta en tres ocasiones:

- Decisión de Ejecución (UE) 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen [prórroga de seis meses].
- Decisión de Ejecución (UE) 2017/246 del Consejo, de 7 de febrero de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen [prórroga de tres meses].
- Decisión de Ejecución (UE) 2016/1989 del Consejo, de 11 de noviembre de 2016, por la que se establece una recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen [prórroga de tres meses].

Europea de Fronteras y Costas, junto con un análisis comparativo de la que resulta de la aplicación del MES, será objeto de análisis en el Capítulo IX.

#### 4.4 El impacto de la crisis migratoria en las fronteras exteriores

Tal y como puntualiza Fernando ARLETTAZ, el restablecimiento de controles fronterizos en las fronteras interiores ha de funcionar como una especie de segunda barrera y, añadimos nosotros, de carácter excepcional<sup>172</sup>. De esta forma, solo en aquellos casos en los que el control en la frontera exterior sea deficiente, surgiría la posibilidad de restablecer los controles fronterizos internos del Espacio Schengen. En este primer Capítulo, con la finalidad de exponer el modelo europeo de fronteras, hemos focalizado parte de nuestra atención en analizar el régimen jurídico del restablecimiento de controles fronterizos en las fronteras internas. Sobre todo, cuando esta posibilidad se activa como consecuencia de la afluencia masiva de personas y se producen los consiguientes movimientos secundarios de inmigrantes en el Espacio Schengen.

Sin embargo, el objeto principal de esta investigación es determinar las causas que llevan a dicho restablecimiento. Es decir, analizar qué circunstancias provocan que, ya sea por las carencias de la regulación existente sobre el control de las fronteras exteriores, ya sea por la inadecuada ejecución de aquella en el contexto de la crisis migratoria, los Estados miembros hayan restablecido sus controles fronterizos en los últimos cuatro años más de 50 veces.

---

<sup>172</sup> Fernando ARLETTAZ, «Espacio Schengen: Un delicado balance entre fronteras interiores y fronteras exteriores», *Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza*, 2015, p. 3. Disponible en: [http://catedrapsyd.unizar.es/archivos/obs\\_opina/f\\_arlettaz\\_11\\_12\\_2015.pdf](http://catedrapsyd.unizar.es/archivos/obs_opina/f_arlettaz_11_12_2015.pdf) [Consultado por última vez el 25/05/2020].

## **CAPÍTULO II. LA POLÍTICA COMÚN DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS**

### **1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA**

Como señalamos en el Capítulo I, lo que inspiró la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea (ELSJ) fue la hipótesis de que no era posible garantizar la libre circulación de personas entre los Estados miembros sin prever al mismo tiempo una serie de medidas compensatorias tendentes «a evitar que un espacio unificado sin fronteras interiores pu[diera] convertirse en el paraíso de diversas manifestaciones de criminalidad o delincuencia organizada, terrorismo, tráfico de drogas o tráfico ilícito de cualquier naturaleza»<sup>173</sup>. La Unión Europea rescató así de los Acuerdos Schengen la idea de acompañar el reconocimiento del principio de libre circulación con otro tipo de actuaciones complementarias. En este sentido, conviene recordar que en el Convenio de Aplicación de los Acuerdos Schengen (CAAS) encontrábamos tan solo 4 artículos relativos a la apertura de las fronteras frente a los 138 que versaban sobre medidas compensatorias.

El ELSJ puede definirse como un conjunto de políticas comunes aplicables a los Estados miembros de la Unión Europea que forman parte del Espacio Schengen y cuyo objetivo es compensar el reconocimiento del principio de libre circulación entre tales Estados con una serie de medidas que sean capaces de contrarrestar las consecuencias derivadas de pertenecer a un espacio en el que no existen fronteras interiores<sup>174</sup>. Atendiendo al nombre del conjunto, estas políticas pueden dividirse en tres sectores: el componente Libertad, el componente Seguridad y el componente Justicia. En el primer sector encontramos la Política común de asilo, inmigración y control de las fronteras

---

<sup>173</sup> Cristina IZQUIERDO SANS, «Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2000, p. 136.

<sup>174</sup> El artículo 3.2 TUE dispone que «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

exteriores<sup>175</sup>; en el segundo la Cooperación judicial y policial en materia penal<sup>176</sup>; y en el tercero la Cooperación judicial en materia civil<sup>177</sup>.

Para el desarrollo de estas políticas fue necesario que los Estados miembros atribuyeran una serie de competencias a la Unión<sup>178</sup>. Recordemos que las competencias de la Unión Europea no dimanarían de una supuesta soberanía europea, no siendo unas competencias propias u originarias, sino que son los Estados miembros quienes mediante apoderamientos le confieren dichas competencias para lograr los objetivos comúnmente acordados<sup>179</sup>. Entre los distintos tipos de competencias que se han atribuido a la Unión Europea a través de los Tratados fundacionales (exclusivas, compartidas y de apoyo, coordinación y complemento), el conjunto de políticas que representa el ELSJ constituye un ámbito de competencias compartidas [4.2.j) TFUE]. Ello implica que tanto la Unión Europea como los Estados miembros pueden legislar y adoptar actos jurídicos vinculantes. Eso sí, los Estados miembros únicamente ejercen su competencia si la Unión no ha ejercido la suya o ha decidido dejar de ejercerla y solo en la medida en que no lo haya hecho (artículo 2.2 TUE). Es decir, cuando la Unión Europea actúa, la competencia compartida le permite a esta última regular una materia exhaustivamente, excluyendo o desplazando el poder de los Estados miembros en relación con la adopción de legislación en ese ámbito<sup>180</sup>. Sin embargo, también es posible que la Unión Europea ejerza su

---

<sup>175</sup> En concreto, el artículo 67.2 TFUE establece que la Unión «Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países».

<sup>176</sup> En virtud del artículo 67.3 TFUE «La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales».

<sup>177</sup> Según el artículo 67.4 TFUE «La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil».

<sup>178</sup> De conformidad con el artículo 1 TUE «(...) los Estados miembros atribuyen competencias [a la Unión] para alcanzar sus objetivos comunes».

<sup>179</sup> Así, «en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros» (artículo 5.2 TUE).

<sup>180</sup> En el caso de un ejercicio exhaustivo por parte de la Unión Europea de una determinada competencia de naturaleza compartida, es necesario tener en cuenta que existen ciertos límites preservados a los Estados miembros. Concretamente, el artículo 4.2 TUE establece que la Unión «Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

Esta reserva se ha trasladado específicamente al ELSJ a través del artículo 72 TFUE, en virtud del cual «El presente título [Título V] se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a

competencia parcialmente, en cuyo caso los Estados miembros solo están privados de la posibilidad de legislar en el mismo ámbito que lo ha hecho la Unión Europea. En definitiva, la aplicación de las competencias compartidas funciona de tal manera que cuando la Unión Europea legisla en una materia concreta supone un límite a la competencia de los Estados para regular la misma materia autónomamente. Es el denominado principio de «campo quemado».

Como adelantábamos en el Capítulo I, dado el objeto de esta investigación, entre las distintas competencias otorgadas a la Unión Europea en el marco del ELSJ nos centraremos exclusivamente en las atribuidas en relación con la Política sobre control de fronteras, asilo e inmigración (Tercera Parte, Título V, Capítulo 2, artículos 77 a 79 TFUE). En concreto, en la primera de ellas, la Política sobre el control de fronteras (artículo 77 TFUE). Esta política pretende la consecución de varios objetivos: garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores [artículo 77.1.a) TFUE]; garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores [artículo 77.1.b) TFUE] e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.1.c) TFUE]. Entre estos objetivos, los más estrechamente vinculados con el régimen jurídico del control de las fronteras exteriores en relación con los flujos migratorios irregulares son el segundo y el tercero. De hecho, ambos constituyen, conjunta o separadamente, la base competencial de muchas de las normas que serán objeto de análisis en este trabajo. Por ello, sin desterrar completamente el objetivo de garantizar la ausencia total de controles de personas en las fronteras interiores, nos centraremos en el estudio de los objetivos «compensatorios o de acompañamiento»: el control de las fronteras exteriores y la instauración de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Ambas metas constituyen conjuntamente una especie de sub-política dentro de la Política sobre control de fronteras que podemos denominar «Política común de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea». La misma tiene su fundamento en el artículo 3.2 TUE, el cual no solo establece que la Unión garantizará la libre circulación de personas, sino que acompañará esta última con «medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores (...)». Igualmente, el artículo 67.2 TFUE dispone que la Unión «garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras

---

los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

interiores», pero también que «desarrollará una política común de (...) control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países».

En conclusión, existe una política dentro de la Unión Europea especialmente dedicada a las medidas compensatorias a la libre circulación que se desarrollan en las fronteras exteriores. Aunque la misma no venga explícitamente reconocida en los tratados, algunas normas de derecho derivado reconocen implícitamente su existencia disponiendo que «el objetivo de la *política de la Unión en materia de gestión de las fronteras exteriores* es el establecimiento y la aplicación de la gestión europea integrada de las fronteras a escala nacional y de la Unión, que es un corolario necesario para la libre circulación de personas dentro de la Unión y un componente fundamental de un espacio de libertad, seguridad y justicia» [Considerando 1 Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, (en adelante, Reglamento GEFC 2019)]. Como veremos a lo largo de este trabajo, pese a la carencia de un reconocimiento expreso en los Tratados, la Unión Europea ha creado todos los instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y materiales necesarios para poner esta política en práctica. En este Capítulo trataremos de delimitar su contenido material y la distribución competencial entre los Estados miembros y la Unión Europea para su consecución.

## **2. OBJETIVOS DE LA POLÍTICA COMÚN DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA**

Como decíamos, existe una sub-política dentro de la Política sobre control de fronteras que tiene por objetivos específicos garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores [artículo 77.1.b) TFUE] e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.2.c) TFUE]. A lo largo de este trabajo podrá comprobarse que una de las características esenciales de esta política es que en la misma «se registra una constante dialéctica entre la tutela del interés común europeo, la defensa de las prerrogativas nacionales y la protección de los derechos fundamentales»<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto», en José María BAÑO LEÓN (Coord.), *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, p. 361.

## 2.1 Garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores

El artículo 77.1.b) TFUE establece que «La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo (...) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores».

Alcanzar una actuación institucional uniforme, coherente y efectiva a nivel nacional en materia de control de las fronteras exteriores es un objetivo consagrado desde la misma aprobación de los Acuerdos Schengen. De hecho, el artículo 6.1 CAAS disponía que «La circulación transfronteriza en las fronteras exteriores estará sujeta al control de las autoridades competentes. El control se efectuará con arreglo a principios uniformes para los territorios de las Partes contratantes, en el marco de las competencias nacionales y de la legislación nacional, teniendo en cuenta los intereses de todas las Partes contratantes». Paralelamente, en el contexto comunitario, el Tratado de Maastricht introdujo la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI) como complemento al reconocimiento del derecho a la libre circulación. En el seno de este tercer pilar de carácter intergubernamental se preveía que «Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común (...) las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas» (artículo K1 del Título VI TUE, en su redacción originaria). Tal y como señalamos en el Capítulo I, con el Tratado de Ámsterdam las medidas sobre controles en las fronteras exteriores pasaron del tercer al primer pilar, comunitarizándose junto con las regulaciones derivadas del recién incorporado acervo Schengen en este sector [Título IV del TCE «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», en su redacción posterior al Tratado de Ámsterdam]. Concretamente, de conformidad con el artículo 62.2 TCE, el Consejo debía adoptar en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam «las normas y los procedimientos que deb[ía]n aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en [las fronteras exteriores]». A partir de este momento, la Comunidad adquirió las competencias necesarias para regular el control de las fronteras exteriores de la Unión Europea, lo cual materializó esencialmente a través del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece

un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras [Código de Fronteras Schengen o CFS 2006]<sup>182</sup>.

Como puede observarse, las disposiciones relativas al control de las fronteras exteriores previas al Tratado de Lisboa no incluían explícitamente la actividad de vigilancia fronteriza. Es a partir de este último texto cuando se establece como objetivo específico de la Política común de gestión de las fronteras exteriores garantizar una vigilancia eficaz en el cruce de las mismas. Como se verá con posterioridad, la vigilancia es una modalidad de control fronterizo, por lo que no era necesario realizar una mención expresa en el Tratado para atribuir el título habilitante de futuras normas de derecho derivado en materia de vigilancia. La mención explícita a la vigilancia fronteriza puede derivarse del papel esencial que adoptaba esta última en una entonces incipiente gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

## 2.2 Instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores

El artículo 77.1.c) TFUE establece que «La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo (...) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

Al contrario que el control de las fronteras exteriores, el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores no es un objetivo consustancial a la libre circulación que haya acompañado o compensado a esta última desde sus orígenes en los Acuerdos Schengen. De hecho, se introduce por primera vez en el derecho originario con el Tratado de Lisboa dando lugar a una redefinición de los objetivos previamente estipulados en el TCE. Como apunta RIJPM, con la introducción de este nuevo concepto se desplaza el originario foco exclusivo de esta política en el cruce de personas en las fronteras exteriores mantenido hasta ese momento<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Hasta la aprobación del CFS 2006, la regulación sobre el cruce de fronteras se repartía entre el CAAS y el Manual Común adoptado por el Comité ejecutivo creado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985 [citado con la referencia SCH/com-ex (99) en el anexo A de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la comunidad europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo], p. 97.

<sup>183</sup> Jorrit RIJPM, «EU border management after the Lisbon Treaty», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 5, n.º 1, 2009, p. 141 [Disponible en: <https://hrcak.srce.hr/66023> (Consultado por última vez el 15/07/2020)].



Desde la introducción del término «gestión integrada de las fronteras exteriores» por parte de la Comisión en una Comunicación de 2002 hasta la actualidad han emergido diferentes interpretaciones de lo que implica este concepto y el alcance que tiene para las competencias de la Unión Europea en el contexto de la Política sobre control de fronteras<sup>184</sup>. En el año 2006, el Consejo, en su formación JAI, trató de realizar una primera aproximación disponiendo que la gestión integrada de las fronteras tenía tres componentes principales: un cuerpo legislativo común, representado por el Código de Fronteras Schengen; la cooperación operativa entre Estados miembros, incluida la coordinación llevada a cabo por la entonces recién creada Agencia Frontex (ahora Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas)<sup>185</sup> y el establecimiento de mecanismos de solidaridad entre los Estados miembros y la Unión Europea, como el Fondo para las fronteras exteriores<sup>186</sup>. Así mismo, el Consejo concluyó que la gestión integrada de las fronteras comprendía las siguientes dimensiones concretas: control de fronteras (inspecciones y vigilancia); detección e investigación de delincuencia transfronteriza; un modelo de control de acceso a cuatro niveles (medidas con terceros Estados, cooperación con países vecinos, control fronterizo y medidas de retorno); cooperación entre agencias nacionales encargadas de la gestión fronteriza (guardas fronterizos, aduanas, seguridad nacional); y cooperación internacional<sup>187</sup>.

Aunque, como hemos adelantado, el objetivo de instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores fue introducido formalmente por el Tratado de Lisboa en 2007 [artículo 77.1.c) TFUE], no fue hasta la promulgación del Reglamento (UE) 2016/1624, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, once años después, que el legislador de la Unión se atrevió a determinar con exactitud en qué consistía la gestión integrada de las fronteras exteriores y a quién correspondía realizarla<sup>188</sup>. Esta regulación

---

<sup>184</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea» [COM (2002) 233 final de 7 de mayo de 2002].

<sup>185</sup> Sobre el origen, evolución y potestades de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas *vid.* el epígrafe 6 de este mismo capítulo.

<sup>186</sup> Decisión n.º 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007 relativa al Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios».

<sup>187</sup> Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea, 2768 sesión de la formación en Asuntos de Justicia e Interior, Bruselas, 4 y 5 de diciembre de 2006, 15801/06, p. 27 y 28.

<sup>188</sup> En las regulaciones precedentes de Frontex se habían realizado menciones a la gestión integrada de las fronteras exteriores, aunque sin definirla. En este sentido, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación

se ha mantenido, en lo esencial, en el Reglamento GEFC 2019, cuyo artículo 3 establece que «la gestión integrada de las fronteras constará de los siguientes elementos: control fronterizo (...); operaciones de búsqueda y salvamento (...) que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia marítimas (...); análisis de riesgos (...); intercambio de información y cooperación entre Estados miembros (...); cooperación interorgánica entre las autoridades nacionales de cada Estado miembro responsables del control fronterizo (...); cooperación entre las instituciones, órganos y organismos de la Unión (...); cooperación con terceros países (...); medidas técnicas y operativas en el interior del Espacio Schengen relacionadas con el control fronterizo (...); retorno de nacionales de terceros países (...); empleo de tecnología punta (...); un mecanismo de evaluación Schengen [así como] la evaluación de la vulnerabilidad (...) para garantizar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de gestión de las fronteras (...) [y] mecanismos de solidaridad, en particular los instrumentos de financiación de la Unión». PEERS considera que, de forma sintetizada, el concepto de gestión integrada de las fronteras comprende la regulación relativa al control de las fronteras exteriores y la del resto de actividades conectadas o vinculadas con este último<sup>189</sup>.

De conformidad con el Reglamento GEFC 2019, será la Comisión quien adopte «la política estratégica plurianual para la gestión europea integrada de las fronteras exteriores» (artículo 8.4 Reglamento GEFC 2019) y la Guardia Europea de Fronteras y Costas quien «realizará la gestión integrada de las fronteras como responsabilidad compartida de la Agencia y las autoridades nacionales responsables de la gestión de fronteras» (artículo 7 Reglamento GEFC 2019). No obstante, este último precepto termina disponiendo que «los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de sus secciones de fronteras». Este aparentemente contradictorio artículo 7 Reglamento GEFC 2019 y, en concreto, las consecuencias derivadas de proclamar una responsabilidad compartida entre Estados miembros y Agencia GEFC en esta gestión,

---

Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión Europea (en adelante, Reglamento FRONTEX 2004) establecía que «La política comunitaria relativa a las fronteras exteriores de la Unión Europea tiene por objeto establecer una *gestión integrada* que garantice un nivel elevado y uniforme de control y vigilancia, corolario indispensable de la libre circulación de personas en la Unión Europea y componente esencial del espacio de libertad, seguridad y justicia» (Considerando 1º Reglamento FRONTEX 2004). Por su parte, el artículo 1 del mismo texto disponía que «Se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores, con el fin de mejorar la *gestión integrada de las fronteras exteriores* de los Estados miembros de la Unión Europea».

<sup>189</sup> Steve PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 157, *apud* Roberta MUNCIANU, *Frontex and non-refoulement. The International responsibility of the EU*, Cambridge University Press, 2016, p. 22.

serán analizadas con posterioridad. Por el momento, adelantemos que esta responsabilidad compartida es necesario enfocarla, más bien, como una suerte de ejecución compartida entre Estados miembros y Unión Europea en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores.

La introducción por el Tratado de Lisboa del concepto gestión integrada de las fronteras supuso, como afirman algunos autores, «un paso más en la modificación del ejercicio de las tradicionales competencias de los Estados en sus propias fronteras, articulando una nueva concepción que da cabida a los Estados y (...) a la Unión en el ejercicio conjunto de control de fronteras»<sup>190</sup>. Es decir, cuando el único objetivo de la Política común de gestión de las fronteras exteriores era el control fronterizo (TCE), su ejecución correspondía, de conformidad con el principio de subsidiariedad, esencialmente a los Estados miembros, al ser aquella una actividad de carácter eminentemente operativo desempeñada en las concretas secciones de fronteras. Sin embargo, al introducirse en el TFUE las nociones de gestión integrada y sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, se abre la puerta a que determinadas competencias ejecutivas transversales anudadas a la integración (como la planificación estratégica) sean ejercidas por la Unión Europea. De lo anterior se deriva, como se comprobará a lo largo de este Capítulo, que la introducción del objetivo relativo a la instauración progresiva de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores haya llevado a una comunitarización progresiva de la ejecución de la Política común de gestión de las fronteras exteriores.

### **3. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE GESTIÓN INTEGRADA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES**

#### **3.1 Las competencias atribuidas por los Tratados**

Como hemos señalado con anterioridad, el fundamento de las competencias de la Unión Europea reside en la atribución que hacen los Estados miembros a favor de esta por medio de los Tratados. Pues bien, con la finalidad de cumplir los objetivos marcados en los artículos 77.1.b) y .c) TFUE (garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores), el apartado segundo del mismo precepto prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten, «con arreglo al procedimiento

---

<sup>190</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de fronteras y Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7, 2003, p. 92.

legislativo ordinario, medidas relativas a: a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; (...) d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (...))»<sup>191</sup>.

Dado que el objeto de esta investigación es el régimen jurídico de la vigilancia fronteriza en relación con los flujos migratorios irregulares, es necesario aclarar que de ahora en adelante nos centraremos en analizar las competencias relativas a los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores [artículo 77.2.b) TFUE] y las medidas necesarias para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.2.d) TFUE]. Aunque la competencia para el establecimiento de una política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración [artículo 77.2.a) TFUE] también forma parte de la Política común de gestión de las fronteras exteriores, con la misma se trata de fijar un marco normativo común para aquellas personas que tratan de entrar de manera regular en la Unión Europea, por lo que queda fuera del objeto de esta investigación. Por el contrario, sí que es necesario poner en conexión las competencias atribuidas en el artículo 77.2 b) y d) TFUE con las necesarias para el establecimiento de un Sistema Europeo Común de Asilo (artículo 78.2 TFUE) y las relativas a «la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal» [artículo 79.2.c) TFUE], las cuales pueden activarse con el cruce irregular de las fronteras exteriores por parte de nacionales de terceros países, como quedó reflejado en el Capítulo I.

En lo que respecta al artículo 77.2.b) TFUE (medidas relativas a los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores), el precepto constituye la base competencial de las normas de derecho derivado que conforman el epicentro de esta investigación: el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la

---

<sup>191</sup> Realmente, la atribución competencial del artículo 77.2 TFUE es más amplia, extendiéndose también a medidas relativas a «c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período» y «e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores». No obstante, estas competencias están vinculadas al objetivo de «garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores» [artículo 77.1.a) TFUE], el cual, como hemos señalado, queda al margen de esta investigación por no formar parte de la sub-política común de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

Unión para el cruce de personas por las fronteras [CFS 2016] y el Reglamento GEFC 2019. De la misma forma, el precedente de este título habilitante [el artículo 62.2.a) TCE: medidas relativas a las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras] constituyó la base competencial de las regulaciones que precedieron al CFS 2016 y al Reglamento GEFC 2019<sup>192</sup>. Pese a que, en esencia, ambas bases competenciales son muy similares, es necesario destacar que con el Tratado de Lisboa se producen unas sutiles modificaciones cuya trascendencia no debe pasar desapercibida. El antiguo artículo 62.2.a) TCE precisaba que el Consejo adoptaría «las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras». De este tenor literal se deriva que, mientras las reglas de aplicación y el modo de realización de los controles se precisaba a nivel comunitario, como hemos adelantado, la ejecución material de dichos controles correspondía exclusivamente a los Estados miembros. Sin embargo, en la redacción del artículo 77.2.b) TFUE («medidas relativas a los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores») ya no se explicita a quién corresponde efectuar dichos controles. Además, mientras el TCE se refería a «las fronteras exteriores de los Estados miembros», el TFUE emplea el término «fronteras exteriores», a secas. Por todo ello, en nuestra opinión, se confirma que existe una cierta tendencia hacia la comunitarización de la ejecución de los controles fronterizos en el Tratado de Lisboa.

La anunciada tendencia hacia la comunitarización que parece traslucirse en la redacción del apartado b) del artículo 72.2 TFUE queda completamente al descubierto en el apartado d) del mismo precepto. Conforme a este último, «el Parlamento Europeo y el

---

<sup>192</sup> Nos referimos al Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras [CFS 2006]; al Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea [Reglamento FRONTEX 2004], y al Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados [Reglamento FRONTEX 2007]. Al ser posteriores al Tratado de Lisboa, el Reglamento (UE) n.º 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea [Reglamento FRONTEX 2011] y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas [Reglamento GEFC 2016] tienen ya como base competencial el artículo 77.2.b) TFUE. Todos ellos serán objeto de análisis con posterioridad.

Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (...) d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (...). Parece que, al otorgarse competencias legislativas a la Unión Europea para adoptar «cualquier medida» que sea necesaria para el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, se está creando el caldo de cultivo perfecto para instaurar una «progresiva» comunitarización de la gestión de las fronteras exteriores. De hecho, algunos autores han cuestionado la amplitud e imprecisión de este precepto, dudando incluso de su compatibilidad con otras disposiciones de los Tratados que formulan reservas a favor de los Estados miembros en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (artículos 4.2 TUE y 72 TFUE)<sup>193</sup>. Sobre este extremo concreto volveremos con posterioridad. En cualquier caso, como comprobaremos a lo largo de este trabajo, la atribución de competencias a la Unión Europea para adoptar «cualquier medida» necesaria para el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores ha posibilitado la asunción de un gran abanico de competencias ejecutivas por parte de las instituciones de la Unión en el marco de esta Política común de gestión de las fronteras exteriores. La mejor prueba de ello es que el artículo 77.2.d) TFUE es una de las bases competenciales del Reglamento GEFC 2019, el cual atribuye a la Agencia GEFC competencias de planificación, coordinación, evaluación y refuerzo de la gestión de las fronteras exteriores llevadas a cabo por los Estados miembros (Considerando 12 Reglamento GEFC 2019). Todas estas competencias serán analizadas pormenorizadamente con posterioridad.

### 3.2 La competencia implícita en materia de salvamento marítimo

Además de posibilitar el ejercicio de un gran abanico de competencias ejecutivas por parte de las instituciones y organismos de la Unión respecto a la gestión de las fronteras exteriores, la amplia base competencial descrita en el artículo 77.2.d) TFUE también ha permitido a la Unión Europea descubrir determinadas competencias implícitas en sectores conexos con el control fronterizo. Es el caso del salvamento marítimo.

---

<sup>193</sup> Jorrit RIJPM, «Frontex and the European system of border guards: the future of border European border management», en Maria FLETCHER, Ester HERLIN-KARNELL y Claudio MATERA (Eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London, Routledge, 2017, pp. 235-239 y Jorrit RIJPM, «EU border management after the Lisbon Treaty», cit., p. 141.

En el año 2014, fue aprobado el Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (actualmente, la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas) y al que nos referiremos en adelante como Reglamento Vigilancia Marítima. En este Reglamento, que será objeto de análisis en el Capítulo VIII, el legislador europeo establece un régimen jurídico común para las operaciones de vigilancia coordinadas por la Agencia GEFC desarrolladas en el ámbito marítimo que incluye, en lo que interesa en este momento, disposiciones relativas a las situaciones de búsqueda, salvamento y desembarco de los migrantes rescatados o interceptados en el mar. Sin embargo, los Estados miembros no han atribuido a la Unión Europea ninguna competencia en materia de salvamento marítimo, no siendo aquella parte de los tratados internacionales vigentes en esta materia<sup>194</sup>. Conviene preguntarse, por tanto, cuál es el título competencial empleado para la adopción del Reglamento Vigilancia Marítima. Como cabía esperar, no es otro que el artículo 77.2.d) TFUE, lo cual debe interpretarse como que el legislador europeo ha entendido que la regulación de las situaciones de salvamento, búsqueda y desembarco producidas en las operaciones de vigilancia marítima coordinadas por la Agencia GEFC es una medida necesaria para el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. No obstante, conviene realizar algunas aclaraciones al respecto.

En primer lugar, esta interpretación tiene su fundamento en los argumentos vertidos por el Consejo y la Comisión en el asunto resuelto por la STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*<sup>195</sup>. El primero, tras

---

<sup>194</sup> Nos referimos, concretamente, al Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979 (en adelante, Convenio de Hamburgo o Convenio SAR, por las siglas en inglés *Search and Rescue*) y al Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, de 1 de noviembre de 1974, (en adelante, Convenio SOLAS, por las siglas en inglés *Safety Of Life At Sea*). Ambos textos serán analizados en profundidad en el Capítulo VI.

Por otra parte, la Unión Europea sí está adherida a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (en adelante, CNUDM), la cual regula diferentes aspectos conexos con el ámbito marítimo, entre los que se encuentra el salvamento. Sin embargo, la adhesión de la Comunidad Europea a la CNUDM se produjo exclusivamente en relación con las materias en las que los Estados miembros firmantes le habían cedido competencias (como la política agrícola y pesquera común), no en materia de salvamento.

<sup>195</sup> La STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, as. C-355/10, resuelve el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra la Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la

reconocer que «la prestación de asistencia a los buques en peligro no es una medida de vigilancia en sentido estricto», entendió que «cuando se presenta una situación de este tipo en el curso de una operación de vigilancia resulta indispensable coordinar con antelación la manera en la que se llevará a cabo la búsqueda y salvamento» (ap. 54). Por su parte, la Comisión expresó que «en numerosos casos, la operación de vigilancia desencadena la operación de búsqueda y salvamento, sin que sea posible distinguir claramente ambos tipos de operaciones» (ap. 56). De las declaraciones de ambas instituciones se desprende, sin mucho esfuerzo, que ambas entienden que existe una necesidad de establecer un régimen jurídico en materia de salvamento por la conexión que esta última presenta con la actividad de vigilancia fronteriza. Esta necesidad fue avalada, aunque también implícitamente, por el propio TJUE cuando en la misma sentencia declaró la naturaleza vinculante de las disposiciones relativas a búsqueda, salvamento y desembarco contenidas en la norma que estaba siendo objeto de recurso (ap. 81).

En segundo lugar, es necesario destacar la autodeclarada naturaleza incidental o accidental de las operaciones de salvamento en el seno de la cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC. En este sentido, el Considerando 1 del Reglamento Vigilancia Marítima se refiere exclusivamente a aquellas situaciones de búsqueda y salvamento que «pueden surgir durante una operación de vigilancia marítima de fronteras». Es decir, la Unión Europea no tiene atribuida una competencia autónoma en materia de salvamento, sino que, en relación con la actividad de vigilancia fronteriza y con el objetivo de instaurar un sistema integrado de gestión de fronteras [artículo 77.1.c) TFUE], el legislador de la Unión ha entendido que existe una competencia implícita en materia de salvamento.

Por último, con la finalidad de corroborar la existencia de una competencia implícita de la Unión Europea en materia de salvamento marítimo, conviene recordar que «las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar, lanzadas y realizadas de conformidad con el Reglamento [Vigilancia Marítima] y con el Derecho Internacional, que tengan lugar en situaciones que puedan presentarse durante las

---

Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, Decisión Vigilancia Marítima). Según el Parlamento, esta Decisión (precedente inmediato del Reglamento Vigilancia Marítima) modificaba elementos esenciales del CFS 2006, por lo que debía haber sido objeto de aprobación de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, es decir, con participación plena del Parlamento, actuando como colegislador al mismo nivel que el Consejo. La sentencia será objeto de análisis en el Capítulo VIII.



operaciones de vigilancia marítima (...)» son un elemento incluido en la gestión europea integrada de las fronteras, de conformidad con el artículo 4 Reglamento GEFC 2019.

### 3.3 Los límites al ejercicio de competencias legislativas por parte de la Unión Europea

Al igual que sucede con el resto de las competencias atribuidas a la Unión Europea que tienen naturaleza compartida, el ejercicio de las competencias en materia de gestión fronteriza está determinado por el principio de subsidiariedad (artículo 5.2 TUE). Además, en el ámbito concreto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el TFUE ha previsto una serie de límites específicos en lo que respecta al ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (artículo 72 TFUE). Por lo tanto, a la hora de ejercer sus competencias en materia de gestión fronteriza, la Unión Europea debe tener en cuenta estos límites de carácter general y especial, respectivamente.

#### 3.3.1 El principio de subsidiariedad

De conformidad con el artículo 5.3 TUE, «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». Por lo tanto, de acuerdo con este principio, si el ámbito competencial es compartido (como en el caso de la Política común de gestión de las fronteras exteriores) «entonces la Unión ejercerá su competencia de forma limitada y subsidiaria en relación con la acción interna: en lo que los Estados miembros no sean capaces de alcanzar de manera suficiente ni mejor»<sup>196</sup>. Para FERNÁNDEZ ROZAS la función de este principio es «aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible», lo que en la toma de decisiones legislativas a nivel de europeo provoca que las instituciones únicamente actúen como mecanismo de *ultima ratio*<sup>197</sup>. No obstante, CONSTANTINESCO aclara que este principio no solo permitiría a los Estados prevenirse frente a incursiones excesivas e intempestivas de las Instituciones Europeas (sentido descendente), sino que también puede ser invocado

---

<sup>196</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 81.

<sup>197</sup> José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto», cit., p. 372.

por los responsables comunitarios para legitimar el incremento de los ámbitos de acción de la Unión (sentido ascendente)<sup>198</sup>.

El principio de subsidiariedad debe aplicarse de conformidad con el Protocolo n.º 2 al TFUE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en cuyo artículo 5 se establece la necesidad de que los actos legislativos se motiven en relación con ambos principios. Esta motivación puede ser objeto de control posterior por los Parlamentos Nacionales (artículo 7 Protocolo n.º 2 TFUE) y del TJUE, mediante un recurso de anulación contra el acto legislativo en cuestión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 263 TFUE (artículo 8 Protocolo n.º 2 TFUE). En lo que concierne al principio objeto de análisis en este epígrafe, como parámetro de control suele emplearse el denominado test de subsidiariedad, según el cual la intervención de la Unión Europea deberá sustentarse en tres pilares: «la insuficiencia de la acción de los Estados tanto en su nivel central como regional o local, la dimensión o efectos de la acción a escala de la Unión y la mayor eficacia de la acción común»<sup>199</sup>. Normalmente, las normas de derecho derivado en materia de gestión fronteriza suelen contener una motivación ciertamente superflua o tautológica, al justificar la acción de la Unión exclusivamente en la insuficiencia de los Estados para alcanzar los objetivos perseguidos por la norma en cuestión<sup>200</sup>. No obstante, aunque este tipo de fundamentaciones no sean la aplicación óptima del artículo 5.3 TUE, ello no tiene por qué suponer automáticamente una infracción de este último precepto por parte del acto legislativo en cuestión. Así lo defiende VELASCO CABALLERO en aquellos supuestos en los que los Tratados delimiten de forma precisa y detallada las competencias de la Unión en una determinada materia.

---

<sup>198</sup> Vlad CONSTANTINESCO, «La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne», *Aussenwirtschaft*, n.º 46, 1991, p. 440, *apud* Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 79.

<sup>199</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 78.

<sup>200</sup> En este sentido, el Considerando 34 CFS 2016 establece que «Dado que el objetivo del Reglamento (CE) n.º 562/2006 y sus modificaciones posteriores, a saber, el establecimiento de normas aplicables al cruce de personas por las fronteras, no podía ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros sino que podía lograrse mejor a escala de la Unión, esta pudo adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE)». En la misma línea, el Considerando 120 Reglamento GEFC 2019 dispone que «Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, la creación y puesta en marcha de un sistema de gestión integrada de las fronteras exteriores que garantice un funcionamiento adecuado del espacio Schengen, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros actuando de forma descoordinada, sino que, debido a la falta de controles en las fronteras interiores, a los retos migratorios significativos en las fronteras exteriores, a la necesidad de supervisar eficazmente el cruce de esas fronteras y a la necesidad de contribuir a un nivel elevado de seguridad interior en el seno de la Unión, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE».

Según este autor, «todo acto jurídico comunitario que desarrolle los mandatos o encargos de [los Tratados] difícilmente se puede considerar ajeno a la competencia comunitaria»<sup>201</sup>. Sin embargo, esta posición es difícilmente defendible en el caso de las competencias legislativas en materia de gestión fronteriza, cuya amplitud e imprecisión quedaron expuestas en el epígrafe anterior. Por ello, aunque es innegable que la existencia de un espacio sin fronteras interiores hace recomendable, e incluso imprescindible, el establecimiento de unas normas comunes en materia de gestión fronteriza y el establecimiento de un sistema integrado de gestión, es necesario reclamar una mayor motivación de la acción de la Unión en esta materia. Sobre todo, cuando esta última asume competencias ejecutivas que en principio corresponden a los Estados miembros o ejerce competencias atribuidas implícitamente.

### 3.3.2 Las reservas a favor de los Estados miembros en materia de seguridad interior y orden público

Con carácter general, el artículo 4.2 TUE establece que la Unión «respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». Como se expuso en el Capítulo I, el control fronterizo es una materia estrechamente vinculada con la seguridad nacional y el orden público. Como prueba de ello, recordamos las constantes apelaciones de los Estados miembros a estos términos para restablecer sus controles fronterizos internos con la finalidad de evitar los movimientos secundarios de migrantes en el Espacio Schengen (artículos 25 y 28 CFS 2016). Sin embargo, sucede que, al contrario de lo que ocurre con el control fronterizo, las competencias en materia del mantenimiento del orden público y la seguridad interior corresponden, en exclusiva, a los Estados miembros. Así lo dispone el artículo 72 TFUE, en virtud del cual «El presente título [Título V, relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia] se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

De acuerdo con lo anterior, el control fronterizo se presenta como una materia especialmente sensible donde la competencia de la Unión ha de coexistir necesariamente

---

<sup>201</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, «Organización y procedimientos de la Unión administrativa europea en materia de fronteras, asilo e inmigración», en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (Coords.), *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 248.

con unas potestades que, por su estrecha vinculación con la soberanía nacional, quedan reservadas a los Estados miembros<sup>202</sup>. Como se comprobará a lo largo de este trabajo, el ámbito del control fronterizo que presenta mayores complicaciones para conciliar las competencias de la Unión y de los Estados miembros es su ejecución operativa de carácter material. Es decir, el ejercicio de las competencias relativas a la inspección y vigilancia por parte de los guardias fronterizos, lo cual implica la adopción de medidas coercitivas, el uso de la fuerza, el uso de las armas, etc. Por ello, las distintas reglamentaciones que han ido configurando la Agencia GEFC desde su creación (como Agencia Frontex) hasta la actualidad habían mantenido la postura de atribuir a la Agencia potestades ejecutivas operativas de carácter transversal (planificación, coordinación, supervisión) y reservar a los Estados miembros la ejecución operativa material del control fronterizo (inspección y vigilancia)<sup>203</sup>. En este sentido, recordamos que el artículo 7.1 Reglamento GEFC 2019 mantiene que «Los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de sus secciones de las fronteras exteriores». Entendemos que el fundamento principal de esta opción legislativa es la estrecha vinculación entre las competencias ejecutivas de carácter operativo en materia de control fronterizo y el mantenimiento del orden público y la seguridad interior. De hecho, como se comprobará con posterioridad, en muchos Estados miembros las mismas fuerzas y cuerpos de seguridad nacionales se encargan del control fronterizo y de la seguridad y mantenimiento del orden público.

Sin embargo, pese a esta aparente reserva a los Estados miembros de la ejecución operativa de las tareas propias del control fronterizo, como se comprobará en epígrafes posteriores, el Reglamento GEFC 2019 ha previsto por vez primera la incorporación de funcionarios propios de la Unión Europea con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo a la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Este cambio organizativo en el seno de la Agencia GEFC ha supuesto una revolución en lo que respecta al ejercicio de potestades ejecutivas operativas en materia de control fronterizo, provocando incluso

---

<sup>202</sup> No siempre es así, ya que hay materias en las que la Unión Europea también tiene atribuida la ejecución material de la política en cuestión. Además de la conocida política monetaria, uno de los ejemplos más claros es la defensa de la competencia del mercado interior, donde, como afirma Antonio BUENO ARMIJO en «Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea», en Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO, (Coords.) *Derecho Administrativo, Tomo I, Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 435, «los funcionarios de la Comisión realizan por sí mismos inspecciones en empresas de toda la Unión Europea, buscan pruebas de actuaciones o pactos entre empresas contrarios a la competencia (...)».

<sup>203</sup> Así sucede también en otros sectores del ELSJ en los que el propio TFUE ha limitado las potestades ejecutivas de las instituciones y organismos de la Unión. Es el caso de Europol y Eurojust, a las que los artículos 85.2 y 88.3 TFUE prohíben intervenir en lo que respecta a medidas coercitivas y a actos formales de carácter procesal respectivamente.

que se cuestione su compatibilidad con las reservas nacionales previstas en materia de seguridad interior y orden público (artículo 72 TFUE). Teniendo en cuenta, como hemos dicho, que el título competencial para llevar a cabo un cambio de semejante magnitud es el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.2.d) TFUE], lo más adecuado sería que el TJUE se pronunciara sobre cuál de estos dos preceptos del Tratado debe priorizarse. Sobre este tema volveremos también con posterioridad.

### 3.4 El Acervo Schengen en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores

Como apuntó el Abogado General MENGOTZI en sus conclusiones a la STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, «al establecer instrumentos de control de las fronteras exteriores (...), el legislador de la Unión debe llevar a cabo elecciones delicadas, que pueden tener graves repercusiones en las libertades individuales y afectar al respeto de los derechos humanos, las obligaciones internacionales de los Estados miembros y las relaciones de estos y de la Unión con terceros Estados. Esta afirmación es válida no solo por lo que atañe a la definición de las orientaciones esenciales de la política de gestión de fronteras, sino también para la determinación de las medidas a aplicar a dichas orientaciones»<sup>204</sup>. Esta premisa debería guiar la adopción del conjunto de actos legislativos que contienen los elementos esenciales y las opciones políticas fundamentales en materia de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

Las normas que componen en la actualidad el acervo Schengen sobre fronteras exteriores se encuentran integradas en un amplio abanico de medidas que NEVILLE divide en cuatro categorías<sup>205</sup>. En primer lugar, el núcleo central de la gestión de las fronteras exteriores es el Código de Fronteras Schengen (CFS 2016), que determina las normas relativas al cruce de las fronteras exteriores, así como las condiciones que rigen el restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores. En segundo lugar, dado que no todos los Estados de la Unión Europea se ven afectados de la misma manera

---

<sup>204</sup> Abogado General Paolo MENGOTZI, Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 31.

<sup>205</sup> Darren NEVILLE, «La gestión de las fronteras exteriores», Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2/2015, [Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.12.4.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.4.html) (consultado por última vez el 10/03/2016)]. Esta misma clasificación del acervo Schengen en materia de gestión de las fronteras exteriores la encontramos en Jorrit RIJPMAN, «EU border management after the Lisbon Treaty», cit., pp. 127 y ss.

por los flujos del tráfico fronterizo, la Unión Europea utiliza sus fondos para intentar compensar parte de los costes que las fronteras exteriores suponen a los Estados miembros. Hasta el año 2013, el recurso principal era el Fondo Europeo para las Fronteras Exteriores, el cual, a partir de 2014, fue sustituido por el Fondo de Seguridad Interior. La tercera categoría de medidas está relacionada con las bases de datos centralizadas con vistas a la gestión de las fronteras y la migración. A ella pertenecen el Sistema de Información Schengen (SIS), el Sistema de Información de Visados (VIS), el Sistema de Entradas y Salidas (SES), el nuevo Sistema de autorización de viajes en línea (SEIAV) y Eurodac. Por último, cabe citar las medidas orientadas a la cooperación operativa en la gestión de fronteras, que se centran en la Agencia GEFC y el Reglamento Vigilancia Marítima.

Dado el objeto de esta investigación, de los cuatro bloques que componen el acervo Schengen en materia de gestión de las fronteras exteriores nos centraremos especialmente en el análisis de los más vinculados con el control de los flujos migratorios irregulares: el Código de Fronteras Schengen y la Agencia GEFC (los cuales es necesario poner en conexión con la normativa a la que se hizo referencia en el Capítulo I en relación con la Política común sobre inmigración y asilo). Quedaría excluido, en principio, el bloque relativo a las bases de datos centralizadas ya que, en esencia, está compuesto por normas de derecho derivado que regulan el tratamiento de datos e información relativos a aquellas personas que cruzan las fronteras exteriores de la Unión Europea de forma regular<sup>206</sup>. Dado que tanto el Código de Fronteras Schengen como la Agencia GEFC serán objeto de un análisis pormenorizado en los siguientes epígrafes y capítulos, consideramos conveniente centrarnos ahora en esbozar las principales características del mecanismo de

---

<sup>206</sup> Pese a que descartemos un análisis pormenorizado, parece oportuno indicar, al menos someramente, las características esenciales de estas bases de datos. En relación con el SIS, nos remitimos a la información ofrecida en el Capítulo I. El Sistema de Información de Visados (VIS) permite a las autoridades nacionales acceder a la información y las decisiones relativas a las solicitudes de visados Schengen. Este tipo de visado es válido para estancias de un máximo de tres meses por cada periodo de seis y permite a su titular viajar libremente por todo el Espacio Schengen. El Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados, armoniza las condiciones y los procedimientos de expedición de visados de los países participantes para las estancias de corta duración. El Sistema de Entradas y Salidas (SES) tiene por finalidad acelerar y reforzar los controles fronterizos de los nacionales de terceros países que viajan a la Unión Europea, sustituyendo el sellado manual de los pasaportes en la frontera por el registro electrónico en la base de datos. El SES registra los datos de los nacionales de los países no miembros de la Unión Europea al cruzar las fronteras exteriores de Schengen: nombre, documento de viaje, impresiones dactilares, imagen visual y fecha y lugar de entrada y salida. El Sistema de autorización de viajes en línea (SEIAV), como complemento del SES, se encargará a partir de 2021 de realizar los controles previos de los viajeros que estén exentos de visado para entrar en el Espacio Schengen. Por último, Eurodac es la base de datos europea de impresiones dactilares.

solidaridad creado para compensar los esfuerzos de los Estados miembros situados en primera línea de las fronteras exteriores del ELSJ.

Como sabemos, «los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de sus secciones de las fronteras exteriores» (artículo 7.1 Reglamento GEFC 2019). Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, cuando los Estados miembros gestionan sus respectivas secciones de frontera, no lo hacen únicamente en beneficio propio, sino en interés de todos los Estados que forman parte del Espacio Schengen. En cierta forma, los guardias fronterizos de estos Estados desempeñan simultáneamente una doble función, nacional y europea. Sin embargo, al ser funcional y orgánicamente dependientes de sus respectivos Estados de origen, son estos últimos quienes corren con los gastos relativos a su formación, retribución y equipamiento, entre otros. Conscientes de la necesidad de una distribución justa de la responsabilidad, los Estados miembros acordaron que la Unión «desarrollar[ía] una política común de (...) control de las fronteras exteriores que est[uviera] *basada en la solidaridad entre Estados miembros*» (artículo 67.2 TFUE). En el mismo sentido, el artículo 80 TFUE establece que «Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo [Políticas sobre control de fronteras, asilo e inmigración] y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio».

Desde una perspectiva exclusivamente económica, actualmente el principal instrumento configurado por la Unión Europea para regular la aplicación del principio de solidaridad entre Estados miembros en relación con las fronteras exteriores es el Fondo de Seguridad Interior (FSI)<sup>207</sup>. Aunque el FSI tiene distintas partidas, en el ámbito de la gestión integrada una de sus funciones principales es promover, mediante su financiación, una mayor armonización de las medidas relacionadas con la gestión de las fronteras. Desde un punto de vista operativo, este tipo de financiación permite asegurar un nivel elevado y uniforme de control y protección de las fronteras exteriores mediante el intercambio de información entre los Estados miembros y entre estos y la Agencia GEFC.

---

<sup>207</sup> Reglamento (UE) n.º 515/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores y los visados y por el que se deroga la Decisión n.º 574/2007/CE. Aparte del Fondo de Seguridad Interior existen otros mecanismos que regulan la solidaridad entre Estados miembros, como el Reglamento GEFC, aunque en este caso sería más apropiado hablar de solidaridad «operativa», en lugar de económica. Sobre este extremo profundizaremos en el Capítulo VII.

Por último, el FSI asegura mediante la financiación de formación a los guardias fronterizos que la gestión de los flujos migratorios se realice garantizando el acceso a la protección internacional a las personas que la necesiten, de conformidad con las obligaciones contraídas por los Estados miembros en el ámbito de los derechos humanos.

No obstante, pese a la proclamación del principio de solidaridad en los Tratados y a la puesta en marcha de distintos mecanismos para aplicarlo, lo cierto es que a lo largo de este trabajo se podrá comprobar que la vía más adecuada para garantizar una gestión eficaz de las fronteras exteriores no es mediante la imposición de mecanismos de solidaridad entre los Estados miembros, lo cual es contrario al desinterés y altruismo consustanciales a este término, sino mediante la asunción de competencias ejecutivas por parte de la Unión Europea. Coincidimos, por tanto, con DE BRUYCKER en que existe una relación inversamente proporcional entre la responsabilidad de la Unión Europea y la solidaridad entre Estados miembros en lo que a la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea se refiere. Según este autor, en este ámbito «cuanto mayor es la responsabilidad otorgada a la UE, menor es la necesidad de solidaridad entre los Estados miembros y viceversa, cuanto menor es la responsabilidad de la UE, mayor es la necesidad de solidaridad entre aquellos»<sup>208</sup>.

#### **4. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN Y SU APLICACIÓN A LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA**

##### **4.1 Concepto, formas y potestades de ejecución en el Derecho de la Unión Europea**

Para MORENO MOLINA la ejecución del Derecho de la Unión es «el conjunto de operaciones jurídicas y materiales dirigidas a aplicar, a llevar a debido término, el mandato normativo comunitario en la realidad social que pretende gobernar»<sup>209</sup>. Tradicionalmente se ha sostenido que, dependiendo del sujeto encargado de aplicar el Derecho de la Unión, se pueden distinguir dos formas distintas de ejecución: la ejecución indirecta, conforme a la cual corresponde a los Estados miembros aplicar el Derecho de

---

<sup>208</sup> Philippe DE BRUYCKER, «The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic», *European Papers*, Vol. 1, n. ° 2, 2016, pp. 565 y 566.

<sup>209</sup> Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 33.



la Unión, y la ejecución directa, en cuyo caso es la Unión Europea quien desempeña las potestades ejecutivas a través de sus instituciones y organismos.

En los casos de ejecución indirecta del Derecho de la Unión, se afirma que este Derecho «se imbrica en los intersticios del sistema jurídico de los Estados miembros, recibiendo en principio (...) la misma obligatoriedad de cumplimiento y ejecución que la normativa emanada de los poderes e instituciones nacionales»<sup>210</sup>. Por su parte, en los supuestos de ejecución directa, normalmente es la Comisión Europea la encargada de dar aplicación a las normas de la Unión, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones debidamente justificadas lo haga el Consejo<sup>211</sup>. No obstante, cada vez es más frecuente el ejercicio de competencias ejecutivas por parte de las agencias europeas, ya sea por delegación de la Comisión, por atribución de los Tratados o del legislador. Así ocurre, precisamente, en nuestro ámbito de estudio con la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

Una vez determinado en qué consiste la ejecución del Derecho de la Unión y las distintas formas en las que se puede llevar a cabo, conviene determinar qué potestades concretas de ejecución existen. Es decir, qué modalidades de aplicación del Derecho de la Unión podemos encontrar a nivel nacional y de la Unión. Según el TJUE, la ejecución del Derecho de la Unión «comprende, a la vez, la elaboración de las normas de aplicación y la aplicación de las normas a casos particulares mediante actos de alcance individual»<sup>212</sup>. En desarrollo de esta jurisprudencia, FUENTETAJA interpreta que la ejecución, en sentido abstracto, puede tener un doble contenido: «por una parte, la aplicación de una norma (tanto de naturaleza legislativa como ejecutiva) a una situación particular, materializándola de manera concreta y específica [y] por otra (...) la elaboración de normas que se interponen entre la norma legislativa y la concreta aplicación a supuestos individuales, desarrollando y precisando los elementos no

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>211</sup> La Comisión ejerce potestades ejecutivas mediante la adopción de actos no legislativos por atribución directa de los Tratados, por atribución del Parlamento Europeo y del Consejo cuando estos últimos le delegan los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo (artículo 290 TFUE) o cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión (artículo 291 TFUE). Es en este último caso cuando, excepcionalmente, se pueden conferir potestades de ejecución al Consejo. Adicionalmente, el TFUE también contempla la atribución de determinadas potestades de ejecución al Banco Central Europeo (artículo 132.3 TFUE) y al Banco Europeo de Inversiones (artículo 209.3 TFUE). A ello cabría sumar el caso singular de la Política Exterior y de Seguridad Común, cuya ejecución corresponde al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y a los Estados miembros (artículo 24.1 TUE).

<sup>212</sup> STJ de 24 de octubre de 1989, *Comisión c. Consejo*, as. 16/88, ap. 11.

esenciales de una materia, con el doble objetivo de facilitar la aplicación concreta, de una parte, y de asegurar una mayor uniformidad de la regulación, de otra (...)»<sup>213</sup>. El autor entiende que la primera vertiente de la ejecución se materializa en «actos individuales de aplicación» y la segunda en «disposiciones generales de ejecución». Estas últimas serían resultado de lo que denomina ALONSO GARCÍA «poderes normativos de naturaleza ejecutiva»<sup>214</sup>. En cualquier caso, todas ellas son potestades post-legislativas.

Con la finalidad de adaptar la terminología jurisprudencial y doctrinal al ámbito objeto de estudio en este trabajo, de ahora en adelante se distinguirá entre «potestades normativas» (disposiciones generales de ejecución), en relación con la vertiente de la ejecución consistente en la elaboración de normas de aplicación de actos legislativos del Derecho de la Unión, y «potestades operativas» (actos individuales de aplicación), que comprenden toda aplicación de una norma concreta del Derecho de la Unión a una situación particular. Dentro de la Unión, las primeras únicamente son ejercitables por las instituciones europeas con capacidad normativa (Comisión y Consejo) y vendrían representadas, principalmente, por los actos delegados y los actos de ejecución regulados en los artículos 290 y 291 TFUE<sup>215</sup>. Las segundas pueden ser atribuidas a cualquier organismo con competencias ejecutivas de la Unión, incluidas las agencias, y se suelen materializar en actos de alcance individual. Para una adecuada comprensión del contenido de este trabajo, conviene además diferenciar entre potestades operativas declarativas y potestades operativas materiales. Mientras las primeras dan lugar a actos jurídicos (por ejemplo, una decisión de contenido técnico adoptada por una determinada agencia dirigida a un Estado miembro), las segundas dan lugar a actividades de naturaleza

---

<sup>213</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, Thompson Civitas, Pamplona, 2007, p. 355.

<sup>214</sup> Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 144, *apud* Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 355.

<sup>215</sup> Para comprender adecuadamente la función de los actos delegados y los actos de ejecución es importante ponerlos en relación con los actos legislativos. De conformidad con el *Informe final del Grupo IX "Simplificación"*, los actos legislativos «son actos adoptados sobre la base del tratado y que contienen los elementos esenciales de un ámbito determinado». Por su parte, los actos delegados «desarrollan con detalle un acto legislativo determinado o (...) modifican algunos elementos del acto legislativo, siempre dentro del marco de una habilitación definida por el legislador». Por último, «los actos de ejecución se encargan de dar aplicación a actos legislativos o a actos delegados o previstos en el propio tratado. Al igual que en el caso de los actos delegados, corresponde al legislador determinar si es preciso adoptar a escala de la Unión actos de ejecución de los actos legislativos o delegados y en qué medida» [Convención Europea, *Informe final del Grupo IX "Simplificación"*, CONV. 424/02, Bruselas, 29 de noviembre de 2002, p. 9].

material (por ejemplo, una inspección aduanera llevada a cabo directamente por funcionarios de la Comisión)<sup>216</sup>.

La clasificación esbozada es plenamente extrapolable a la ejecución del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros (ejecución indirecta). Los Estados miembros también ejercen potestades normativas, las cuales comprenden la elaboración de normas nacionales de aplicación de actos legislativos del Derecho de la Unión (por ejemplo, una ley mediante la que se transpone una Directiva o se desarrolla un Reglamento), y potestades operativas, que suponen la aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión a una situación concreta e individualizada. Mientras las primeras pueden ser ejercidas tanto por el poder legislativo como por el ejecutivo (ambos con capacidad normativa), las segundas suelen estar reservadas al poder ejecutivo. A su vez, y dentro de estas últimas, en el nivel nacional también se puede distinguir entre potestades operativas declarativas (como puede ser una convocatoria de ayudas contempladas en el marco de un fondo europeo o una sanción en materia de medio ambiente) o materiales (como la vigilancia de las fronteras exteriores del Espacio Schengen llevada a cabo por los guardias fronterizos nacionales).

#### 4.2 La ejecución indirecta del Derecho de la Unión

Como se ha señalado en el epígrafe anterior, conforme al modelo de ejecución indirecta (también llamado de Administración indirecta), son los Estados miembros quienes ejecutan el Derecho de la Unión. La relevancia de este modelo de ejecución deriva del principio de atribución de competencias, conforme al cual, como hemos adelantado, las instituciones de la Unión Europea solo pueden actuar cuando los Tratados recogen una competencia atribuida por los Estados para ello. *Sensu contrario*, y sin

---

<sup>216</sup> Aunque en el Capítulo III profundizaremos en este aspecto, resulta conveniente ahora establecer la diferencia entre las distintas formas de actuación administrativa: la actividad jurídica y la actividad material. Según REBOLLO PUIG, la primera «está constituida por declaraciones de la Administración. Sus formas prototípicas son los reglamentos, los actos administrativos y, si interviene concurrentemente la declaración de otro sujeto, los convenios». A esta se contraponen la actividad material, que incluye «unas variopintas actuaciones dependientes de la voluntad de la Administración, pero no expresada mediante declaraciones, sino mediante hechos», Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 2: La actividad administrativa», en Manuel REBOLLO PUIG (Coord.), *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 58. De forma similar, MAURER señala que actividad material es toda aquella actividad de la Administración que no se dirige a lograr un resultado jurídico, sino un resultado fáctico, Hartmut MAURER, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 413.

perjuicio de lo que luego se dirá, «si tal previsión en los Tratados no existe, significará que la competencia no ha sido cedida a la UE»<sup>217</sup>.

En los casos de ejecución indirecta, los Estados miembros están obligados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 TUE, a dotar de plena eficacia al Derecho de la Unión. De conformidad con el citado precepto, los Estados miembros «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión». El artículo reproducido ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que, en el proceso de ejecución nacional, los Estados miembros gozarán de autonomía institucional y procedimental<sup>218</sup>. Es decir, aunque «los Estados miembros están obligados a dar plena eficacia a las normas de la Unión, tienen derecho a adoptar las medidas necesarias en el respeto a las competencias institucionales nacionales [autonomía institucional] y de los procedimientos administrativos y judiciales previstos en el derecho nacional [autonomía procedimental]»<sup>219</sup>. En definitiva, con la finalidad de dar cumplimiento a sus obligaciones de Derecho de la Unión, «los Estados miembros disponen de libertad a la hora de determinar, por un lado, la institución u órgano (legislativo, ejecutivo, judicial, estatal, autonómico o local) encargado de ejecutar dichas obligaciones [autonomía institucional] y, por otro, [las normas y] el procedimiento que sirve de instrumento para encauzar el cumplimiento interno de tales obligaciones [autonomía procesal]»<sup>220</sup>.

Ahora bien, como apunta FUENTETAJA, si la autonomía de los Estados miembros a la hora de ejecutar el Derecho de la Unión se llevara hasta sus últimas consecuencias, podría erigirse en un obstáculo de base para asegurar una aplicación efectiva de aquel<sup>221</sup>. Por ello, el TJUE ha dispuesto que esta autonomía debe configurarse y contrapesarse de forma tal que la aplicación del derecho nacional no afecte ni al alcance ni a la eficacia del

---

<sup>217</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 360.

<sup>218</sup> STJCE de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, asuntos acumulados 51 a 61/70, ap. 4, entre otras muchas.

<sup>219</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 418. Los autores citan como jurisprudencia representativa de dicha interpretación la STJCE de 11 de febrero de 1971, *Nordeutsches Vieh*, as. 39/70, ap. 5: «cuando una norma comunitaria confía a las autoridades nacionales la adopción de las medidas necesarias para su aplicación, esas medidas internas se toman por las autoridades nacionales en el respeto de las formas y procedimientos del derecho nacional».

<sup>220</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 376.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 377.

Derecho de la Unión<sup>222</sup>. El citado contrapeso viene representado por los principios de equivalencia y efectividad, los cuales condicionan el principio de autonomía de la siguiente forma: los Estados miembros tienen que garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión de igual forma que garantizan el cumplimiento de su Derecho nacional, «asegurando así idéntica protección a los Derechos surgidos en ambos ámbitos» (principio de equivalencia)<sup>223</sup>, y aprobar normas nacionales para la ejecución del Derecho de la Unión que no hagan imposible o extremadamente difícil, en la práctica, el cumplimiento de este último (principio de efectividad)<sup>224</sup>.

#### 4.3 La ejecución directa del Derecho de la Unión

Como se ha señalado en epígrafes previos, es posible que el Derecho de la Unión sea ejecutado por las propias instituciones u organismos europeos. De conformidad con el principio de atribución de competencias, para que tal cosa suceda es necesario que los tratados atribuyan potestades ejecutivas a las mencionadas instituciones y organismos. En ocasiones, las competencias ejecutivas en una determinada materia no son atribuidas a la Unión expresamente, sino que se encuentran anudadas funcionalmente a competencias legislativas que, en este caso sí, se atribuyen explícitamente a la Unión. En este sentido, FUENTETAJA afirma que el carácter funcional de las competencias implicaría «que a la

---

<sup>222</sup> STJCE de 6 de mayo de 1982, *BayWa c. BALM*, as. ac. 146, 192 y 193/81, ap. 29; STJCE de 19 de mayo de 1998, *Bent Jensen*, as. C-132/95, aps. 54 y 67; y STJCE de 12 de mayo de 1998, *Kefalas*, as. C-367/96, ap. 22.

<sup>223</sup> FRANCISCO MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. Principio constitucional de imperio de la ley», *Revista de Derecho Político*, n.º 99, mayo-agosto 2017, p. 407.

Una de las resoluciones jurisprudenciales más representativas en relación con el principio de equivalencia fue la STJCE *Comisión c. Grecia*, de 21 septiembre 1989, as. 68/88 («maíz griego»). Al igual que la Política de control de fronteras, la Política Agrícola Común (PAC) se rige por el modelo de ejecución indirecta. Como parte de la ejecución de la PAC, correspondía a las autoridades griegas realizar labores de inspección para comprobar que las ayudas contempladas en el marco de dicha política se estaban aplicando correctamente. La sentencia citada resolvió la apelación de Grecia al principio de autonomía procedimental ante las acusaciones de la Comisión relativas a los mecanismos de inspección habilitados en ejecución de la PAC. Según el TJCE, el principio de autonomía no podía convertirse en una justificación para ofrecer a los intereses de la Unión una protección menor que a los intereses financieros nacionales. Sobre la aplicación del principio de equivalencia a la ejecución de la PAC *vid.* ANTONIO BUENO ARMIJO, *El régimen jurídico de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agraria Común*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2011, pp. 519-521.

<sup>224</sup> Algunos autores interpretan que el contrapeso de la autonomía es el más general principio de cooperación leal contenido en el artículo 4.3 TUE, en virtud del cual «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión». Según MORENO MOLINA, cooperación y autonomía «constituyen una especie de Jano bifronte: el principio de cooperación no puede ir tan lejos como para justificar una abrogación por cualquier motivo de prácticas y procesos nacionales o una alteración constitucional interna esencial, pero el principio de autonomía no puede tampoco ser la base para eludir el cumplimiento del Derecho comunitario» (Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución del derecho comunitario. Régimen europeo y español*, cit., p. 51).

competencia legislativa expresamente atribuida le pueda seguir implícitamente la ejecutiva»<sup>225</sup>. Este fenómeno se acentúa cuando las bases competenciales de los Tratados son amplias e imprecisas, lo que facilita la atribución expresa por parte del legislador de competencias ejecutivas implícitas en los Tratados a las instituciones y organismos de la Unión. Por ello, coincidimos con el citado autor en que el que el legislador europeo, «pese a actuar en un segundo escalón teóricamente sometido a las previsiones del primer escalón constitucional», se erige como auténtico artífice del ejercicio de competencias<sup>226</sup>.

De acuerdo con el razonamiento anterior, si en una concreta materia fluctúa el ejercicio de competencias ejecutivas entre Unión y Estados miembros a lo largo del tiempo, no tiene por qué ser por una modificación de los Tratados, sino por la modulación del principio de subsidiariedad que realiza el legislador de la Unión. De esta forma, si el legislador europeo no se pronuncia sobre la ejecución de su propia legislación, entraría en juego la regla básica de la ejecución indirecta por los Estados miembros. Pero en el supuesto de que el legislador sí se pronuncie, supondrá la activación de una competencia ejecutiva implícita de la Unión que hasta ese momento se encontraba en estado latente, en potencia. Y ello porque cuando la Unión legisla no solo establece «quién» ejecuta, sino también «cuánto» ejecuta. La postura anterior supone afirmar que se ha dejado al legislativo de la Unión mismo organizar, hasta cierto punto discrecionalmente, el proceso ejecutivo en cada caso y reconocer a tales efectos la autoridad necesaria a los Estados miembros o transferir dicha autoridad a la UE<sup>227</sup>.

#### 4.3.1 Los distintos fundamentos del ejercicio de las potestades ejecutivas atribuidas a la Unión

Las motivaciones que pueden llevar a reservar potestades ejecutivas a la Unión Europea son de distinta índole. En primer lugar, dicha reserva puede derivar de las exigencias propias de las políticas europeas. Así, en aquellos casos en que sea precisa cierta unidad de acción para la consecución de unos fines concretos, es posible que se atribuyan determinadas potestades ejecutivas a las Instituciones de la Unión. De esta premisa se parte cuando se atribuyen a la Comisión «funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados (...) [o para

---

<sup>225</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 363.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 364.

<sup>227</sup> Koen LENAERTS, «Regulating the regulatory process: “delegation of powers” in the European Community», *European Law Review*, 1993, p. 25, *apud* Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 365.

adoptar] las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión» (artículo 17 TUE); cuando, en el ámbito concreto del ELSJ, se permite al Consejo adoptar medidas «para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros (...) así como entre dichos servicios y la Comisión» (artículo 74 TFUE); o cuando, con carácter general, se prevé la adopción de actos delegados o de ejecución en una política concreta (artículos 290 y 291 TFUE)<sup>228</sup>. Coincidimos con FUENTETAJA en que «la ejecución descentralizada del Derecho Europeo podría ir en detrimento de la igualdad y de la seguridad jurídica en la Unión Europea, lo que impone la necesidad de afirmar un principio último corrector de aplicación uniforme que informe toda la aplicación del Derecho Europeo, modulando su ejecución indirecta y justificando, en última instancia, la ejecución directa por la propia Administración de la Unión»<sup>229</sup>. En realidad, lo que fundamenta este tipo de intervención ejecutiva europea es el principio de subsidiariedad en sentido ascendente. Es decir, cuando este es invocado por las Instituciones de la Unión para legitimar el incremento de su acción por la insuficiencia de los Estados para alcanzar autónomamente los objetivos perseguidos por la política en cuestión. Resulta ilustrativo en este sentido la atribución a la Agencia GEFC de potestades para el establecimiento de «una estrategia operativa y técnica para la gestión europea integrada de las fronteras» (artículo 8.5 Reglamento GEFC 2019) [recordemos que uno de los objetivos de la política de gestión de las fronteras exteriores es el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las mismas]. En estos casos de atribución de competencias ejecutivas a la Unión Europea consustanciales a la naturaleza y los fines de una política común puede decirse que existe una ejecución directa de base u originaria.

También puede suceder que la justificación del ejercicio de las potestades ejecutivas de la Unión en un determinado sector no resida en la propia naturaleza y fines de la política en cuestión, sino en un incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros. Es decir, nos encontraríamos en casos en los que una competencia ejecutiva viene ejercida originariamente por los Estados miembros, pero en los que,

---

<sup>228</sup> Especialmente representativo en este contexto es el artículo 291.2 TFUE, en virtud del cual «Cuando se requieran *condiciones uniformes de ejecución* de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, estos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados (...), al Consejo».

<sup>229</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 395. Para GIL IBÁÑEZ, «el principio de primacía, tal como aparece en la sentencia Costa, estuvo fundamentado no solo en la necesidad de asegurar una interpretación uniforme del Derecho Comunitario, sino también en conseguir una *aplicación igualmente uniforme*» (cursiva añadida), Alberto GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y Europea*, INAP, Madrid, 1998, p. 74.

debido a un incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, resulta imposible garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Dado que en estos supuestos la intervención de las Instituciones europeas se produce *a posteriori*, con la finalidad de controlar la ejecución previa llevada a cabo por los Estados miembros, sería más adecuado hablar de una ejecución directa subsidiaria, en contraposición a una ejecución directa originaria, o de base. El principio que motiva esta modalidad de ejecución del Derecho de la Unión también es el de subsidiariedad en sentido ascendente (es decir, la insuficiencia de los Estados para alcanzar autónomamente los objetivos perseguidos por la política en cuestión); lo que sucede es que la causa que activa dicho principio no es conseguir una aplicación uniforme o cierta unidad de acción en una materia, sino el incumplimiento previo de las obligaciones del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros.

Uno de los ejemplos más ilustrativos de este tipo de ejecución directa se produce cuando, para evitar poner en peligro el funcionamiento del Espacio Schengen porque un *Estado miembro* no adopte las medidas requeridas por el consejo de administración de la Agencia GEFC o no solicite ayuda a esta última en caso de enfrentarse a un reto concreto y desproporcionado, «*el Consejo, a propuesta de la Comisión*, podrá adoptar sin demora una decisión, mediante un acto de ejecución, en la que se fijen las medidas que deberá adoptar la Agencia al objeto de aminorar dichos riesgos y en la que se solicite al Estado miembro de que se trate que coopere con la Agencia en su aplicación (artículo 42 Reglamento GEFC 2019)». Del tenor literal del precepto reproducido se desprende que las potestades ejecutivas otorgadas al Consejo no son propias o consustanciales a la Política común sobre gestión de las fronteras exteriores, sino que son consecuencia de un «deficiente» (o incluso contrario a derecho) ejercicio de competencias ejecutivas que, originariamente, pertenecen a los Estados miembros.

#### 4.3.2 La proporcionalidad como límite a la ejecución directa

Independientemente de las razones que motiven el ejercicio de competencias ejecutivas por parte de la Unión Europea, tanto la ejecución directa originaria como la subsidiaria tienen como límite el principio de proporcionalidad. De conformidad con el artículo 4.4 TUE «En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados». Para MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, el precepto se traduce en que las Instituciones de la Unión deben ejercer sus competencias «cuidando los efectos que



produzca su acción sobre los ciudadanos, los operadores económicos y los propios Estados miembros»<sup>230</sup>. Al igual que en el caso del principio de subsidiariedad, las Instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo n.º 2 TFUE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este último operaría de la siguiente forma: una vez que el legislador europeo decide superar el modelo de ejecución indirecta del Derecho de la Unión en determinados casos (de conformidad con el principio de subsidiariedad en sentido ascendente), le corresponde determinar el «tipo de intervención ejecutiva», «la forma de actuación comunitaria» o «grado de ejercicio de sus potestades» (de conformidad con el principio de proporcionalidad). En este escenario, resulta imprescindible tener en cuenta que este principio es el último reducto para los Estados miembros de la ejecución indirecta del Derecho de la Unión, «pues resulta evidente que la introducción del principio de proporcionalidad se encamina esencialmente a preservar los poderes de actuación de los Estados miembros en el marco de la ejecución descentralizada del Derecho comunitario»<sup>231</sup>.

La confluencia de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, autonomía, efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión provoca que, en la práctica, sea difícil seguir el esquema dicotómico conforme al cual la ejecución del Derecho de la Unión corresponde a los Estados miembros o a la Unión Europea. La ejecución directa e indirecta no se presentan en la realidad de forma pura y desconectada, sino que normalmente las competencias ejecutivas son compartidas entre los Estados miembros y la Unión, dando lugar a una concurrencia o encabalgamiento de competencias ejecutivas. Como se comprobará a lo largo de este trabajo, en la Política común de gestión de las fronteras exteriores se da la circunstancia de que tanto la Unión como los Estados miembros ejercen potestades ejecutivas operativas y, dentro de estas últimas, también conviven las potestades declarativas y materiales.

---

<sup>230</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 78

<sup>231</sup> Kosmas BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Sakkoulas/Bruylant, Athènes/Bruxelles, 1999, p. 770, apud Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 370.

## 5. LAS AUTORIDADES NACIONALES ENCARGADAS DE LA EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE ESPAÑA

Aunque, como hemos explicado, la gestión integrada de las fronteras exteriores comprende actividades que van mucho más allá del control fronterizo, el objeto de este trabajo nos obliga a centrarnos en este último.

### 5.1 Una primera aproximación a los conceptos de «guardia de frontera» y «control fronterizo»

Se entiende por guardia de fronteras «todo funcionario público destinado, de conformidad con el Derecho interno, en un paso fronterizo o a lo largo de la frontera o en la proximidad inmediata de ésta, que realice, de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho interno, misiones de control fronterizo» (artículo 2, punto 14 CFS 2016). Respecto al concepto de «control fronterizo», y aunque este concepto será abordado en profundidad en el Capítulo III, por el momento basta adelantar que el CFS 2016 lo define como aquella «actividad realizada en las fronteras (...) que con independencia de otros motivos, obedezca a la intención de cruzar la frontera o en el propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras» (artículo 2, punto 10 CFS 2016)<sup>232</sup>. Es decir, dentro de la categoría «control de fronteras» debe distinguirse entre «inspección fronteriza» y «vigilancia fronteriza».

De esta forma, mientras que las inspecciones fronterizas son «efectuadas en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas (...)» (artículo 2, punto 11 CFS 2016), la vigilancia fronteriza es la actividad realizada «entre los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura

---

<sup>232</sup> La definición española de control fronterizo está mal traducida. Basta con compararla con la versión italiana e inglesa del CFS 2016 para comprender esta afirmación:

- «*controllo di frontiera*» *l'attività svolta alla frontiera, in conformità e per gli effetti del presente regolamento, in risposta esclusivamente all'intenzione di attraversare la frontiera o al suo effettivo attraversamento e indipendentemente da qualunque altra ragione, e che consiste in verifiche di frontiera e nella sorveglianza di frontiera.*
- «*border control*» *means the activity carried out at a border, in accordance with and for the purposes of this Regulation, in response exclusively to an intention to cross or the act of crossing that border, regardless of any other consideration, consisting of border checks and border surveillance.*

De una lectura conjunta de todas las versiones se desprende que la definición española de control fronterizo debería ser la siguiente: «actividad realizada en las fronteras, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y a los efectos del mismo, que, con independencia de otros motivos, *sea realizada en respuesta* [en lugar de obedezca] a la intención de cruzar la frontera o en el propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras».

establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas» (artículo 2, punto 12 CFS 2016). De su definición puede deducirse su diferente naturaleza, pues, «mientras que la inspección se contempla como una actividad eminentemente jurídica consistente en calificar y verificar los requisitos de entrada de una persona en un determinado territorio, la actividad de vigilancia se configura como una mera actividad material mediante la cual se trata de evitar que las personas crucen irregularmente la frontera»<sup>233</sup>. Como cabe esperar de dos actividades de distinta naturaleza, su régimen jurídico también es distinto<sup>234</sup>. De la misma forma, como veremos a continuación, los guardias de fronteras competentes para su ejercicio suelen pertenecer a cuerpos nacionales distintos.

Es importante destacar que en el ejercicio de las potestades de control fronterizo rige para los Estados miembros la obligación de respetar los derechos fundamentales. Esta obligación no solo se deriva del propio Derecho de la Unión (esencialmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sino también de los instrumentos de Derecho Internacional en materia de derechos humanos de los que los Estados miembros sean parte, como es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), o la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951 (en adelante, Convención de Ginebra), entre otros. A lo largo de este trabajo podrá comprobarse que las actividades de control fronterizo entran frecuentemente en conflicto con algunos de los derechos protegidos por estos instrumentos, como el principio de no devolución, la prohibición de expulsiones colectivas, el derecho a un recurso efectivo o el derecho de asilo. Por ello, dichos textos, así como su interpretación conforme a la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, son esenciales para una adecuada configuración del régimen jurídico de las actividades de control fronterizo.

## 5.2 El protagonismo de la ejecución indirecta en el ejercicio de potestades operativas

Pese a la existencia de un corpus normativo común en materia de control fronterizo, conformado por el CFS 2016, «los Estados miembros [son] los principales responsables de la gestión de sus secciones de fronteras» (artículo 7.1 Reglamento GEFC

---

<sup>233</sup> Teresa ACOSTA PENCO, «Vigilancia fronteriza extraterritorial y derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, enero-junio, 2020, p. 140.

<sup>234</sup> Sobre el régimen jurídico de las actividades de control fronterizo *vid.* Capítulo III.

2019). Ello debe interpretarse en el sentido de que es a estos últimos a quienes corresponde, principalmente, el ejercicio de las potestades ejecutivas operativas en materia de control fronterizo en sus respectivos territorios. Así se deduce del artículo 15 CFS 2016, en virtud del cual se crea como obligación nacional que «Los Estados miembros dispondrán de personal y medios adecuados y en número suficiente para ejercer el control de las fronteras exteriores (...) con el fin de garantizar un nivel elevado, uniforme y efectivo de control en sus fronteras exteriores».

Como hemos adelantado en epígrafes previos, la reserva de las potestades ejecutivas de naturaleza operativa en materia de control fronterizo a los Estados miembros se debe a la estrecha vinculación entre estas últimas y el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (competencias reservadas a los Estados miembros de conformidad con el artículo 72 TFUE)<sup>235</sup>. El ejemplo más ilustrativo de este estrecho vínculo son aquellos Estados miembros, como España, en los que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado encargados del mantenimiento del orden público y la seguridad interior son los mismos que tienen asignado el ejercicio de las potestades de control fronterizo (vigilancia e inspección)<sup>236</sup>.

Para algunos autores, como CARRERA, el hecho de que las autoridades encargadas del mantenimiento del orden público y la seguridad interior sean las mismas que las que desempeñan las funciones de control fronterizo podría suponer una limitación para que el TJUE pudiera controlar judicialmente las actuaciones de vigilancia e inspección fronterizas llevadas a cabo en las fronteras de los Estados miembros<sup>237</sup>. El argumento principal de este autor es el tenor literal del artículo 276 TFUE, en virtud del cual «En el

---

<sup>235</sup> Como sostiene MANGAS MARTÍN, en materia de control fronterizo «los Estados miembros tienen su compromiso jurídico con la Unión, pero la Unión debe permitir al Estado miembro desenvolverse como tal en el orden externo y, de forma especial, tiene que dar preferencia al cumplimiento de las obligaciones del Estado cuando se trata de su autoconservación, preservando el orden público dentro de sus fronteras, la seguridad de su territorio y su integridad territorial», Araceli MANGAS MARTÍN, «Territorio, integridad territorial y fronteras del Estado de la Unión Europea», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 2, 2015, p. 236.

<sup>236</sup> De acuerdo con Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, corresponde al Cuerpo Nacional de Policía «El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros» [artículo 12.1.A).b) LOFCSE] y a la Guardia Civil «La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran» [artículo 12.1.B).d) LOFCSE]. En lo que interesa en este momento, el Cuerpo Nacional de Policía se encarga de controlar la entrada regular de personas a través de las fronteras exteriores (inspecciones) y la Guardia Civil trata de evitar que las personas se sustraigan de los controles que realiza el Cuerpo Nacional de Policía (vigilancia).

<sup>237</sup> Sergio CARRERA, «Towards a Common European Border Service? », Policy Contribution for Centre for European Policy Studies (CEPS), p. 12. Disponible en: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/towards-common-european-border-service/> [Consultado por última vez el 16/07/2020].

ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del Título V de la tercera parte relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior». Sin embargo, en relación con este precepto es necesario señalar que los capítulos 4 y 5 del Título V se refieren a la «Cooperación judicial en materia penal» y a la «Cooperación policial». Nada obsta o nada limita, por lo tanto, la competencia del TJUE para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas en relación con el capítulo 2 del Título V, relativo a las «Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración». La crítica de CARRERA, por lo tanto, parece infundada. Si los Estados hubieran querido limitar la jurisdicción del TJUE en este ámbito, así lo habrían indicado expresamente en el TFUE, como hicieron con los Capítulos 4 y 5 del Título V. De hecho, no tendría sentido que el TJUE no pudiera controlar judicialmente la ejecución nacional del Derecho de la Unión en un ámbito en el que ha asumido completamente la competencia legislativa como es el caso de la «Política sobre control de fronteras». Es más, existe abundante jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en relación con la equiparación entre los controles policiales efectuados en las inmediaciones de las fronteras y las inspecciones fronterizas, prohibidas por el CFS 2016 en las fronteras interiores<sup>238</sup>, lo que prueba que el TJUE sí goza de jurisdicción para controlar las actuaciones de las autoridades nacionales en materia de control de fronteras, aun cuando se trate de cuerpos de policía.

En definitiva, si bien es cierto que en la mayoría de los casos son las mismas autoridades las que se encargan del mantenimiento de la seguridad y el orden público y de efectuar los controles fronterizos, mientras la primera competencia es exclusiva de los Estados miembros, la segunda es una competencia compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea. Por ello, parece más correcto interpretar que, si bien el TJUE está limitado para controlar las actuaciones relativas al mantenimiento de la

---

<sup>238</sup> Se pueden destacar, entre otras, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdell*, as. ac. C-188/10 y C-189/10; Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane c. Minister voor Vreemdelingen zaken en Integratie*, as. C-215/03, y Sentencia del TJCE de 27 de abril de 1989, *Comisión c. Bélgica*, as. C-321/87.

seguridad y el orden público, nada obsta a que pueda controlar el desempeño de funciones de inspección y vigilancia fronterizas o, más ampliamente, de gestión de fronteras.

### 5.3 El caso de España. En especial, la Guardia Civil como cuerpo encargado de la vigilancia fronteriza

Como afirma DEL VALLE GÁLVEZ, «el ejercicio de las labores de control fronterizo es efectuado por cada Estado de acuerdo con su organización policial, aduanera, legislación de extranjería, sus puestos fronterizos y sus líneas de entrada “exterior”, en suma, respetando determinadas competencias nacionales y el principio de autonomía institucional de los Estados»<sup>239</sup>. Por lo tanto, dependiendo del Estado miembro en cuestión, las funciones de guardia de fronteras vienen realizadas por cuerpos públicos de naturaleza civil, militar o mixta. En la mayoría de los casos, la autoridad competente es la policía. No obstante, en algunos países del Mediterráneo (España, Italia, Malta Portugal) las mencionadas funciones vienen desempeñadas, en todo o en parte, por cuerpos militares o cuerpos civiles dotados de estructura o disciplina militar<sup>240</sup>. La participación de cuerpos de naturaleza militar en funciones de control fronterizo choca con lo que el «Catálogo de Schengen» y su actualización califica como «buenas prácticas»<sup>241</sup>. Según estas últimas, las autoridades encargadas del control de las fronteras deben ser «un cuerpo especializado de la guardia de fronteras o de las fuerzas policiales

---

<sup>239</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de fronteras y Unión Europea», cit., p. 87.

<sup>240</sup> Sergio CARRERA en «Towards a Common European Border Service?», cit., p. 9 se muestra especialmente sorprendido por el hecho de que los militares y la policía sean las autoridades encargadas del control del movimiento de las personas. Según este autor, en los sistemas democráticos liberales, los militares suelen intervenir en materia de defensa y actividades de mantenimiento de paz, mientras que la policía se encarga de luchar contra las actividades criminales, aplicar el derecho y asistir a los jueces. Sin embargo, a su juicio, los movimientos migratorios poco tienen que ver con el crimen o la guerra. En este sentido, coincide con Didier BIGO (Didier BIGO, «Frontier Controls in the European Union: Who is in control?», en Didier BIGO y Elspeth GUILD, *Controlling Frontiers: Free Movement into and within Europe*, Farnham: Ashgate Publishing, 2005, pp. 49-99), quien afirma que los más de 25 años de discurso y prácticas en Schengen han estado acompañados por una incontestada (pero, a su juicio, cuestionable) presunción de que las fuerzas de policía tienen una competencia legítima en relación con la vigilancia de los cruces de frontera de las personas. De esta forma, junto al desmantelamiento de los controles de las fronteras interiores habría habido un proceso de «normalización de la policía de migración», que implicaría una incuestionada extensión de las actividades de policía para cubrir un fenómeno que va más allá de las clásicas esferas de actividad policial. En definitiva, esta línea doctrinal denuncia que la conexión entre los controles fronterizos y la policía (en el sentido amplio de *law enforcement authorities*) ha llevado a una presunción de que el movimiento de personas es potencialmente sospechoso de estar enlazado con la criminalidad y el crimen organizado.

<sup>241</sup> Consejo de la Unión Europea (Secretaría General), *Catálogo de Schengen. Control de las fronteras exteriores, expulsión y readmisión: Recomendaciones y prácticas más idóneas*, febrero de 2002. En expresión del propio texto «El objetivo del Catálogo es aclarar el acervo de Schengen, profundizar en él y ofrecer recomendaciones y prácticas más idóneas, a fin de que sirva de ejemplo para los Estados candidatos a la adhesión a Schengen, pero también a los que aplican plenamente el acervo de Schengen» (p. 7).

(no un cuerpo militar)»<sup>242</sup>. Sin embargo, pocos son los Estados parte de Schengen que tienen una agencia o cuerpo específico encargado de los controles fronterizos independiente de los servicios de policía. Únicamente sería el caso de Finlandia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia y Suiza.

Dada su relevancia para este trabajo, en el próximo epígrafe nos centraremos en la delimitación funcional de las actividades de control fronterizo entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españolas.

### 5.3.1 La distribución de competencias en materia de control fronterizo entre los cuerpos nacionales españoles

El artículo 104.1 CE establece, como misión genérica y común de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto realiza una reserva de ley orgánica para la determinación de «las funciones, principios básicos y actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Siguiendo el mandato del constituyente, el 13 de marzo de 1986 fue aprobada la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCSE) cuyo artículo 9 establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

«a) El Cuerpo Nacional de Policía, que es un Instituto Armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior

b) la Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden».

Tras enumerar las funciones comunes que han de desempeñar ambos institutos armados para proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana<sup>243</sup>, el artículo 11 LOFCSE distribuye territorialmente dichas

---

<sup>242</sup> Consejo de la Unión Europea, *Actualización del Catálogo de Schengen sobre control de las fronteras exteriores, retorno y readmisión*, 7864/09, de 19 de marzo de 2009, p. 18.

<sup>243</sup> Concretamente, de conformidad con el artículo 11 LOFCSE, tales funciones son:

«a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.

funciones de la siguiente forma: «corresponde al Cuerpo Nacional de Policía ejercitar dichas funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine; (...) la Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial».

Además de las funciones comunes establecidas en el artículo 11 LOFCSE, cada instituto armado se ocupa de unas funciones específicas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 LOFCSE. En lo que respecta al control fronterizo de personas, corresponde al Cuerpo Nacional de Policía «el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros» [artículo 12.1.A). b) LOFCSE] y «las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración» [artículo 12.1.A).c) LOFCSE]. Por su parte, la Guardia Civil se encarga de «la custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran» [artículo 12.1.B). d) LOFCSE].

Dado que la LOFCSE es previa al primer Código de Fronteras Schengen (2006), las funciones atribuidas por el legislador español a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no se corresponden exactamente con las actividades que posteriormente el legislador europeo integraría en el concepto de control fronterizo (vigilancia e inspección). No obstante, tal y como se han configurado las actividades de control fronterizo en desarrollo de la LOFCSE, puede afirmarse que mientras el Cuerpo Nacional de Policía se encarga de controlar la entrada y salida de nacionales y extranjeros a través de los puestos fronterizos situados en el territorio nacional (entrada y salida regulares), la Guardia Civil se ocupa de evitar que las personas se sustraigan de dichos controles mediante la vigilancia de las distintas vías de entrada en el resto de la frontera (entradas y salidas irregulares). Es decir, en terminología Schengen, el Cuerpo Nacional de Policía se ocuparía del conjunto de actuaciones realizadas en los pasos fronterizos tendentes a

- 
- b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.
  - c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran.
  - d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.
  - e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana.
  - f) Prevenir la comisión de actos delictivos.
  - g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes
  - h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.
  - i) Colaborar con los servicios de protección civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil».



comprobar el cumplimiento de determinados requisitos «con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas, incluidos sus medios de transporte y los objetos en su posesión en el territorio de los Estados miembros o su abandono» (inspecciones fronterizas) y la Guardia Civil sería la encargada de «la vigilancia de las fronteras entre los pasos fronterizos y la vigilancia de estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas» (vigilancia fronteriza).

### 5.3.2 El impacto de la entrada de España en la Unión Europea en la configuración nacional de la actividad de vigilancia fronteriza

Antes de la entrada de España en las Comunidades Europeas, la actividad de vigilancia fronteriza no estaba ligada a la entrada irregular de personas en el territorio español, sino que tenía un enfoque eminentemente fiscal. Así, en sus orígenes históricos, esta actividad no era potestad de la Guardia Civil, sino de un cuerpo específico ligado a la Hacienda Pública denominado Cuerpo de Carabineros de Costas y Fronteras. Su cometido era la protección «del comercio nacional y el resguardo de las rentas de la Corona» para evitar que se «destruy[era] o parali[zara] el fomento de la industria»<sup>244</sup>. Con el tiempo, el cometido del Cuerpo de Carabineros fue mutando hasta ser necesaria una reorganización militar «para la seguridad y vigilancia de las costas y fronteras y para hacer más efectiva la guerra al contrabando en toda la península, prevenir las invasiones y reprimir a los contrabandistas, afianzando la protección y fomento de la industria nacional conforme a las leyes de aduanas»<sup>245</sup>. Esta progresiva militarización llevó a su integración en el ejército por decreto de 15 de mayo de 1848 y a que, tras la Guerra Civil española de 1936-1939, el Cuerpo de Carabineros fuera absorbido por la Guardia Civil, también de naturaleza militar<sup>246</sup>. Como consecuencia, a partir de 1940 la Guardia Civil asumió las funciones de vigilancia y represión del contrabando que hasta entonces había realizado el Cuerpo de Carabineros.

Como veníamos adelantando, la regulación española de la actividad de vigilancia fronteriza anterior a la adhesión a las Comunidades Europeas estaba más ligada al control

---

<sup>244</sup> Real Decreto de 9 de marzo de 1829, por el que se crea el Cuerpo de Carabineros de Costas y Fronteras. La publicación del mismo se extendió desde el 31 de marzo de 1829 (Gazeta de Madrid n.º 39 de 1829) hasta el 7 de mayo de 1829 (Gazeta de Madrid n.º 55 de 1829).

<sup>245</sup> Real decreto de organización del Cuerpo de Carabineros del Reino (Gazeta de Madrid n.º 2985. 9 de diciembre de 1842).

<sup>246</sup> Concretamente, fue la Ley de 15 de marzo de 1940 reorganizando el benemérito Cuerpo de la Guardia Civil la que suprimió el Cuerpo de Carabineros y ordenó la integración de su personal en la Guardia Civil.

fiscal que al control de personas. Prueba de ello es que, como hemos recogido, las funciones atribuidas a la Guardia Civil por la LOFCSE no hacían mención alguna a la inmigración irregular. Con la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986 y, muy especialmente, con su adhesión al Convenio de Aplicación de los Acuerdos Schengen en 1991, se produjo el tránsito hacia una vigilancia fronteriza vinculada al control de personas.

La incorporación de España al territorio Schengen requirió la adopción de una serie de medidas de acompañamiento para cumplir nuevas obligaciones en relación con la vigilancia y protección de las fronteras exteriores. La adaptación a las necesidades nacidas de Schengen comenzó a producirse con el ya derogado Real Decreto 1449/2000, de 25 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. En él se creó, inserta en la Dirección General de la Guardia Civil y bajo la dependencia del Mando de Operaciones Territoriales, la Jefatura Fiscal y de Fronteras. Esta se convirtió en el órgano competente para «organizar y gestionar el resguardo fiscal del Estado, las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando, el narcotráfico y demás tráfico ilícitos, la custodia y vigilancia de las costas, fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial y en este ámbito, *el control de la inmigración irregular*» [artículo 4.6.d) RD 1449/2000]. Las nuevas funciones atribuidas a este órgano inserto en la organización de la Guardia Civil merecen un análisis con cierto detenimiento.

Como puede observarse, se mantenían los aspectos referidos al resguardo fiscal heredados del Cuerpo de Carabineros, por un lado, y lo relativo a la custodia de las costas, fronteras, puertos y aeropuertos ya previstos en el artículo 12.1.B).d) LOFCSE, por otro. No obstante, y aquí vino la novedad, se añadió que correspondería a la Benemérita Institución «el control de la inmigración irregular en este ámbito». Por lo tanto, puede afirmarse que la materialización del Espacio Schengen y la libre circulación de personas en España supuso que la Guardia Civil expandiera sus funciones de vigilancia al control de personas en las fronteras españolas, superando la mera persecución del contrabando y de otros tráfico ilícitos.

### 5.3.3 Organización, estructura y funciones de los servicios de la Guardia Civil encargados de la vigilancia fronteriza

#### A) La Jefatura Fiscal y de Fronteras

Habilitada por la disposición final primera del mencionado Real Decreto 1449/2000, la estructura de este nuevo órgano se estableció mediante la derogada Orden del Ministerio de la Presidencia de 29 de octubre de 2001, por la que se desarrollaba la estructura orgánica de los servicios centrales de la Dirección General de la Guardia Civil, en cuyo artículo 8 se establecía su constitución:

«a) Servicio Fiscal: Tiene como misión específica el resguardo fiscal del Estado, ejerciendo las funciones y actuaciones tendentes a prevenir y perseguir el contrabando, el narcotráfico, el fraude y demás infracciones, en el marco de las competencias legalmente asignadas a la Guardia Civil, así como la materialización del enlace, cooperación y colaboración operativa en dichas materias con otros servicios afines, nacionales y extranjeros;

b) Servicio Marítimo: Tiene como misión específica ejercer las funciones que le corresponden a la Guardia Civil en las aguas marítimas españolas y las aguas continentales, incluyendo también las actividades en el medio subacuático, y en particular la custodia de las costas y el control de la inmigración irregular en este ámbito<sup>247</sup>;

---

<sup>247</sup> Las peculiaridades del Servicio Marítimo requieren una atención especial. A diferencia de lo que sucede con el Servicio de Costas y Fronteras, creado *ex novo* junto con la Jefatura Fiscal y de Fronteras en 2011, el Servicio Marítimo ya existía desde 1991. Comparte su origen con el Servicio Fiscal (heredero, a su vez, del Cuerpo de Carabineros), por lo que puede afirmarse que la «vocación marinera de la Guardia Civil data de la asunción de las competencias del Cuerpo de Carabineros», Víctor Manuel GARCÍA SACRISTÁN, *Importancia de la gestión de las fronteras para la paz y seguridad, contribución de la Guardia Civil*, Tesis doctoral defendida en la UNED, Madrid, 2015, p. 87. Disponible en: [http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Vmgarcia/GARCIA\\_SACRISTAN\\_VictorManuel\\_Tesis.pdf](http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Vmgarcia/GARCIA_SACRISTAN_VictorManuel_Tesis.pdf) [Consultado por última vez el 16/07/2020]. El Servicio Marítimo de la Guardia Civil fue creado por el Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil. Conforme a su artículo primero, las funciones atribuidas a la Guardia Civil se ejercerán en las aguas marítimas españolas hasta el límite exterior del mar territorial determinado en la legislación vigente y, excepcionalmente, fuera del mar territorial de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales vigentes. Aunque sobre ello se profundizará en el Capítulo V, conviene señalar ahora que, de acuerdo con la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el mar territorial, en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, «El límite interior del mar territorial viene determinado por la línea de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base rectas que sean establecidas por el Gobierno» (artículo 2). Por su parte, «El límite exterior del mar territorial estará determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo anterior» (artículo 3). Esta regulación supuso extender a la demarcación marítima las funciones que la Guardia Civil venía haciendo en el ámbito terrestre.

c) Servicio de Costas y Fronteras: Tiene como misión específica la custodia y vigilancia de los aeropuertos, puertos, costas y fronteras, así como el control de la inmigración irregular en este ámbito»<sup>248</sup>.

La estructura de la Jefatura Fiscal y de Fronteras se ha mantenido hasta la actualidad, en la que la encontramos regulada en el Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior<sup>249</sup> y en la Orden PRE/422/2013, de 15 de marzo, reguladora de la estructura orgánica de los Servicios Centrales de la Dirección General de la Guardia Civil<sup>250</sup>. No obstante, su regulación específica se halla en la Orden General n.º 2 de 21 de febrero de 2011, por la que se organiza la Jefatura Fiscal y de Fronteras, cuyo título habilitante fue la mencionada Orden del Ministerio de la Presidencia de 29 de octubre de 2001 por la que se desarrolla la estructura orgánica de los servicios centrales de la Dirección General de la Guardia Civil.

---

<sup>248</sup> El Servicio de Costas y Fronteras se estructura funcionalmente en las siguientes Áreas (artículo 8. Tres Orden General n.º 2 de 21 de febrero de 2011 por la que se organiza la Jefatura Fiscal y de Fronteras):

«a) Seguridad Aeroportuaria: le corresponde la dirección técnica de las Unidades del Cuerpo que prestan servicio de seguridad aeroportuaria; colaborar en la redacción de los planes de seguridad de los aeropuertos; la confección de manuales de servicio; la relación, en aquellos aspectos que se autoricen, con las Agencias y demás organismos nacionales e internacionales, relacionados con la seguridad aeroportuaria;

b) Seguridad Portuaria: le corresponde la dirección técnica de las Unidades del Cuerpo que prestan servicio de seguridad portuaria; colaborar en el planeamiento de la seguridad en los puertos; la confección de manuales del servicio; la relación, en aquellos aspectos que se autoricen, con Puertos del Estado, Autoridades Portuarias, Comunidades Autónomas y demás organismos nacionales e internacionales, relacionados con la seguridad portuaria;

c) Inmigración y Fronteras: le corresponde la gestión de fronteras y la recopilación de estadísticas y análisis de los datos relacionados con la inmigración irregular, así como la relación, en aquellos aspectos que se autoricen, con las Agencias y demás organismos nacionales e internacionales, relacionados con la inmigración y la gestión de fronteras».

<sup>249</sup> El Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, ha creado en el seno de la Dirección General de la Guardia Civil el Mando de Fronteras y Policía Marítima, el cual «es responsable, de acuerdo con las directrices emanadas de la persona titular de la Dirección General, de la ejecución de las funciones previstas en los Acuerdos del Consejo de Ministros para la Autoridad de Coordinación para hacer frente a la Inmigración Irregular y de las encomendadas por el ordenamiento a la Guardia Civil para el control de los demás flujos irregulares, teniendo entre sus funciones la de resguardo fiscal del Estado» [artículo 4.6 Real Decreto 734/2020]. Es importante destacar que del nuevo Mando de Fronteras y Policía Marítima dependen tanto la Jefatura Fiscal y de Fronteras (antes dependiente del Mando de Operaciones Territoriales) como la nueva Jefatura de Costas y Policía Marítima. Esta última se encuentra «a cargo de un Oficial General de la Guardia Civil en situación de servicio activo, encargado, a nivel nacional y en el ámbito de competencias de la Guardia Civil, de la dirección y coordinación de las actividades operativas de la Guardia Europea de Fronteras y Costas que lidere la Guardia Civil y del Centro Nacional de Coordinación (NCC) de España en EUROSUR» [artículo 4.6 b) Real Decreto 734/2020]. Dado que la estructura y funciones de esta nueva Jefatura de Costas y Policía Marítima aún no ha sido desarrollada, en esta sede nos limitamos a dar noticia de su creación.

<sup>250</sup> Sustitutiva de la Orden de 29 de octubre de 2001 por la que se desarrolla la estructura orgánica de los servicios centrales de la Dirección General de la Guardia Civil.

La creación de la Jefatura Fiscal y de Fronteras supuso un hito en la estructura de la Dirección de la Guardia Civil en relación con el control de fronteras. Los dos nuevos servicios añadidos al antiguo Servicio Fiscal (el Servicio Marítimo y el Servicio de Costas y Fronteras) parecían responder explícitamente a las demandas de medidas compensatorias a la libre circulación del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, ya que están específicamente destinados al refuerzo de las fronteras exteriores (aeropuertos, puertos, costas y fronteras), la custodia del mar territorial y el control de la inmigración irregular en este ámbito. En apoyo de esta tesis debe señalarse que la citada Orden General n.º 2 de 21 de febrero de 2011, por la que se organiza la Jefatura Fiscal y de Fronteras, indica expresamente en su preámbulo que «la acción de las Unidades Fiscales se multiplica y entrelaza con las propias de vigilancia de costas y fronteras, en esa *nueva dimensión territorial y de derechos y libertades*».

#### B) Los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras

Estrechamente vinculados con el Servicio Marítimo de la Guardia Civil se encuentran los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras. Creados por la Orden PRE/2523/2008, de 4 de septiembre, por la que se crean los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras (en adelante, Orden CECORVIGMAR), estos centros nacieron como órganos de asesoramiento y coordinación de la desaparecida Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, configurándose como una herramienta básica del Ministerio del Interior para la vigilancia fronteriza en el ámbito marítimo (apartado primero de la Orden CECORVIGMAR)<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> La Orden se encontraba habilitada, según su preámbulo, por la LOFCSE, el RD 246/1991 por el que se regula el Servicio Marítimo, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, y el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión Europea. En realidad, la Orden CECORVIGMAR fue aprobada como consecuencia del éxito del Centro de Coordinación Regional de Canarias, creado por la Orden PRE/3108/2006, de 10 de octubre de 2006 (en adelante, Orden CCRC), a sugerencia de la Agencia Frontex, para hacer frente a la denominada crisis de los cayucos producida en el mismo año. Concretamente, fue en el seno del proyecto MEADSEA, presentado por Frontex el 14 de julio de 2006, donde se recomendó la creación de Centros de Coordinación Nacionales para hacer frente a la inmigración irregular, los cuales podían estructurarse a su vez en Centros de Coordinación Regionales.

Según la propia Orden, ante la incipiente llegada de embarcaciones de inmigrantes al archipiélago, era necesaria «la adopción de medidas urgentes conducentes a centralizar los esfuerzos de todas las actuaciones desarrolladas por la Administración General del Estado en relación con la inmigración en Canarias, y la estrecha coordinación de todos los organismos relacionados y medios disponibles, tanto en el ámbito marítimo, aéreo, como terrestre, que se empleen para afrontarla». Su objeto era «la centralización de la

Los Centros de la Guardia Civil para la vigilancia marítima de costas y fronteras se estructuran de la siguiente manera (apartado tercero de la Orden CECORVIGMAR):

«1.º Un Centro de Coordinación de Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras (CECORVIGMAR), que se ubica en Madrid, en la Sala de Operaciones de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, en la que se integra la información del Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE)<sup>252</sup>.

2.º Los Centros Regionales de vigilancia marítima de costas y fronteras del Mediterráneo, Estrecho, Atlántico y Cantábrico, que se ubicarán en (...) en Valencia, Algeciras, Las Palmas y A Coruña, respectivamente (...).».

Estos centros tienen como objetivo la coordinación, asesoramiento y dirección de las operaciones de vigilancia marítima de costas y fronteras, así como el seguimiento de las situaciones de crisis en este ámbito. Entre sus funciones se encuentran las siguientes (apartado cuarto Orden CECORVIGMAR):

a) Coordinar las actuaciones a nivel nacional en el ámbito de competencias de la Guardia Civil. Ejemplo de esta función ha sido la coordinación de las operaciones conjuntas *Hera* e *Índalo*<sup>253</sup>.

b) Ser el Punto de Contacto con los organismos nacionales e internacionales cuyas actividades tengan relación con el medio marítimo en el ámbito de competencias de la Guardia Civil. En relación con esta función, el CECORVIRMAR fue

---

coordinación y el seguimiento de todas las actuaciones relacionadas con la inmigración ilegal en Canarias y los mecanismos necesarios para la utilización eficaz de todos los recursos humanos y materiales disponibles y la rápida y oportuna transferencia de información relativa a la inmigración, optimizando los resultados de todas las actuaciones en curso, que permitan colaborar en impedir la salida de embarcaciones de inmigrantes en los países de origen y evitar la llegada inadvertida de embarcaciones a Canarias; todo ello, de acuerdo con la legislación nacional e internacional vigente y con los convenios suscritos en materia de seguridad marítima y salvamento de la vida humana en la mar, protegiendo la vida de los inmigrantes náufragos y respetando su dignidad» (artículo primero de la Orden CCRC).

<sup>252</sup> El SIVE puede ser descrito como un «dispositivo operativo que, sobre un soporte técnico, facilita la vigilancia de la franja de mar territorial español y su entorno, aportando la información obtenida en tiempo real al Centro de Mando y Control, desde el que se dan las órdenes precisas para la interceptación de cualquier elemento susceptible de entrar ilegalmente en el territorio de la UE» [Fuente: Ministerio del Interior. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_1YSSI3xiWuPH/10180/1149815/](http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_1YSSI3xiWuPH/10180/1149815/) (Consultado por última vez el 05/08/2020)]. Concretamente, se trata de un sistema de detección temprana integrado de radares, cámaras de infrarrojos y cámaras de espectro visible capaces de detectar embarcaciones de pequeño calado, identificarlas y transmitir la información al Centro de Mando para facilitar su interceptación posterior por medios aéreos, marítimos y unidades de reacción en tierra. La avanzada tecnología de los radares del SIVE permite distinguir entre todos los ecos de las olas los correspondientes a las pequeñas y lentas embarcaciones, tipo patera, las más frecuentes en la inmigración irregular.

<sup>253</sup> El análisis de estas operaciones conjuntas se realizará en los Capítulos VII y VIII.

designado por Frontex como punto de contacto nacional de la red de vigilancia en el marco del proyecto EUROSUR<sup>254</sup>.

c) Efectuar análisis de riesgos relativos a vigilancia marítima de costas y fronteras.

d) Coordinar el empleo de los diferentes medios y especialidades de la Guardia Civil cuando estos actúen en la vigilancia marítima de costas y fronteras ante emergencias, operaciones conjuntas o situaciones que requieran una rápida toma de decisiones.

El CECORVIGMAR, conectado con el SIVE, con los distintos Centros de Coordinación Regionales operativos y con el Centro de Vigilancia en la Frontera Terrestre de Ceuta y Melilla, recibe y transmite novedades y órdenes relativas al servicio diario y dispone de información e imágenes en tiempo real de las distintas operaciones llevadas a cabo por la Guardia Civil para la vigilancia marítima de nuestras costas y fronteras, tanto en territorio nacional como en el extranjero. Ello permite realizar un seguimiento permanente de las operaciones en curso, cuyas imágenes son retransmitidas al Centro desde las diferentes unidades fijas y móviles desplegadas<sup>255</sup>.

### C) Las Unidades de Reserva y Seguridad

Si bien es cierto que el Servicio de Costas y Fronteras es la unidad de la Guardia Civil encargada de la vigilancia y custodia de las fronteras terrestres y aéreas españolas, los continuos asaltos a las vallas de Ceuta y Melilla han requerido de la participación de otras unidades del Cuerpo para reforzar el control en dichas fronteras. En concreto, contribuyen a la vigilancia de estas últimas los Grupos de Reserva y Seguridad integrados en la Agrupación de Reserva y Seguridad de la Guardia Civil.

La Agrupación de Reserva y Seguridad tiene como misión específica «la prevención, mantenimiento y, en su caso, restablecimiento del orden público y la seguridad ciudadana» [artículo 2.1 Orden General número 3, dada en Madrid a 13 de febrero de 2014, sobre Organización de la Agrupación de Reserva y Seguridad (ARS) (en adelante, Orden ARS)], para lo cual puede «Reforzar y prestar apoyo a otras Unidades

---

<sup>254</sup> En relación con EUROSUR como fuente de información de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, debemos remitirnos ahora a lo que se expondrá en el Capítulo IX.

<sup>255</sup> Las características esbozadas de los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras nos hacen pensar que serán los pilares sobre los que se configurará la nueva Jefatura de Costas y Policía Marítima creada por el Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

del Cuerpo conforme a su propia doctrina de empleo» (artículo 2.2 Orden ARS). Para el desempeño de sus funciones, la Agrupación de Reserva y Seguridad se articula en Jefatura de la Agrupación, Grupos de Reserva y Seguridad (GRS), Escuadrón de Caballería y Unidad de Reconocimiento del Subsuelo (URS). De los anteriores, los GRS son las Unidades fundamentales de mando y ejecución de los servicios. Los GRS actúan operativamente a través de agrupamientos funcionales, siendo los más significativos la Unidad Básica de Actuación (UBA) y el Módulo de Intervención Rápida (MIR), como unidad elemental para la ejecución de los restantes servicios de la ARS (artículo 3.3 Orden ARS). Estos últimos se desplazan a otras unidades según las necesidades, como es el caso de las Comandancias de Ceuta y Melilla cuando se producen asaltos masivos a las vallas.

## **6. LA AGENCIA DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS COMO ÓRGANO EJECUTIVO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA POLÍTICA COMÚN DE GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES**

### **6.1 La Agencia Frontex: el origen de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas**

El precedente inmediato y origen de la actual Guardia Europea de Fronteras y Costas fue la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión Europea (Agencia Frontex o Frontex), creada en 2004. La Agencia Frontex fue el resultado de un debate institucional en el seno de la Unión Europea sobre cuál era el mejor medio para afrontar una entonces incipiente gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

El debate en materia de control de fronteras comenzó en 1999 en el Consejo de Tampere, momento en el que se destacó la necesidad de que se reforzase la cooperación y la asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros<sup>256</sup>. No obstante, no fue hasta 2002 cuando la Comisión, con su Comunicación «Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores»<sup>257</sup>, y el Consejo, con la aprobación del «Plan para la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión

---

<sup>256</sup> Se trataba así de dar cumplimiento al artículo 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su redacción posterior al Tratado de Ámsterdam, en virtud del cual «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, tomará las medidas necesarias para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el presente título, así como entre dichos servicios y la Comisión».

<sup>257</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE», [COM (2002) 233 final de 7 de mayo de 2002].



Europea»<sup>258</sup>, sentaron los cimientos de lo que posteriormente sería Frontex. En relación con el primero de los documentos, llama la atención que en un momento tan incipiente la Comisión ya pusiera encima de la mesa la idea de constituir un Cuerpo Común de Guardias de Fronteras<sup>259</sup>, tal y como ha acabado ocurriendo casi 20 años después.

El primer resultado tangible de los movimientos institucionales a favor de la cooperación y asistencia mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros fue la creación del Órgano Común de Expertos en Fronteras Exteriores (UCEFE, por sus siglas en inglés)<sup>260</sup> y de varios centros *ad hoc* o pre-agencia<sup>261</sup>. No obstante, como apunta FERNÁNDEZ ROJO, «la preparación y planificación eran inadecuadas y la coordinación, cooperación y base jurídica para desarrollar las operaciones eran insuficientes»<sup>262</sup>. Por ello, se buscó «una nueva y permanente estructura comunitaria que pudiera encargarse diariamente de la gestión y coordinación de las tareas en las fronteras exteriores»<sup>263</sup>. Esta estructura, de acuerdo con la propuesta de la Comisión<sup>264</sup>, adoptó la forma de agencia en el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de la Unión Europea (en adelante, Reglamento FRONTEX 2004).

Localizada en Varsovia desde el 3 de octubre de 2005, Frontex se configuró como una agencia europea provista con un presupuesto autónomo y personalidad jurídica propia, de forma que sus actos gozaban de plena autonomía e independencia. Su gestión

---

<sup>258</sup> El «Plan para la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea» fue aprobado en el Consejo Europeo de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002.

<sup>259</sup> Concretamente, la Comisión se declaraba «partidaria de que los servicios nacionales de los Estados miembros puedan recibir el apoyo de un cuerpo europeo de guardia de fronteras. En una primera etapa podría ejercer auténticas misiones de vigilancia en las fronteras exteriores mediante equipos mixtos compuestos por diversas nacionalidades, comenzando en principio por las fronteras marítimas. En efecto, en este ámbito es donde la experiencia común parece ser menor por el momento, en comparación con algunas cooperaciones bilaterales entre Estados miembros en las fronteras terrestres o aéreas» [COM (2002) 233 final, p. 22].

<sup>260</sup> Incardinado en el grupo SCIFA+ (*Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum*) del Consejo.

<sup>261</sup> Concretamente, nos referimos al Centro de fronteras terrestres (Alemania), el Centro de análisis de riesgos (Finlandia), el Centro de excelencia para el desarrollo de tecnologías en los controles de las fronteras (Reino Unido), el Centro marítimo en Grecia para el Este del Mar Mediterráneo (ESBC) y en Madrid para el Oeste (WSBC) y el Centro de formación para policía de fronteras (Austria).

<sup>262</sup> David FERNÁNDEZ ROJO, «Reglamento 2016/1624: de Frontex a la Guardia Europea de Fronteras y Costas», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, p. 230

<sup>263</sup> Sara LEONARD, «The creation of Frontex and the Politics of Institutionalisation in the EU External Borders Policy», *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 5, Issue 3, 2009, p. 380.

<sup>264</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo, del 11 de noviembre de 2003, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores [COM (2003) 687 final, de 11 de noviembre de 2003].

era ejercida por un director ejecutivo nombrado por un consejo de administración compuesto por un representante de cada Estado miembro y dos representantes de la Comisión. A la estructura orgánica de la Agencia se añadieron en 2011 un Foro Consultivo<sup>265</sup> y un Agente responsable en materia de Derechos Fundamentales (en adelante FRO, por sus siglas en inglés)<sup>266</sup>.

Frontex fue el medio escogido por las Instituciones Europeas para impulsar «una gestión integrada que garanti[zase] un nivel elevado y uniforme de control y vigilancia, corolario indispensable de la libre circulación de personas en la Unión Europea y componente esencial del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» (Considerando 1 Reglamento FRONTEX 2004). La Agencia se convertía así en uno de los primeros pasos hacia un «sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores», concepto que, recordamos, no sería positivizado en los Tratados hasta el año 2007 pero que, como cabe comprobar, fue la consecuencia lógica de la evolución de la cooperación operativa entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros.

No obstante, Frontex no constituyó un proyecto perfecto desde su origen, sino que ha sido objeto de diversas modificaciones que desde su creación han contribuido a la mejora de su regulación, competencias, funciones y medios. Concretamente, Frontex ha sido objeto de cuatro grandes reformas:

- el Reglamento (CE) n.º 863/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados (en adelante, Reglamento FRONTEX 2007);
- el Reglamento (UE) n.º 1168/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del

---

<sup>265</sup> En virtud del artículo 26 bis.2 Reglamento FRONTEX 2004 [modificado por el Reglamento (UE) n.º 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea], «La Agencia creará un Foro Consultivo para asistir al director ejecutivo y al consejo de administración en asuntos relativos a los derechos fundamentales».

<sup>266</sup> El mismo precepto (artículo 26 bis), en su apartado tercero, disponía que «El consejo de administración designará un agente responsable en materia de derechos fundamentales que tendrá las cualificaciones y experiencia necesarias en este ámbito (...). Presentará informes periódicamente, contribuyendo así al mecanismo de control de los derechos fundamentales».

Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, Reglamento FRONTEX 2011);

- el Reglamento (UE) n.º 2016/1624, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (en adelante, Reglamento GEFC 2016);

- y el Reglamento (UE) n.º 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) n.º 2016/1624 (en adelante, Reglamento GEFC 2019).

Centrándonos en las dos últimas reformas, en el año 2016 Frontex dio un importante paso en su evolución, hasta el punto de que se habló de una transformación, mediante la aprobación del Reglamento GEFC 2016. Sin embargo, tales transformaciones se consideraron insuficientes, por lo que tan solo tres años después el Reglamento GEFC 2016 fue sustituido por el Reglamento GEFC 2019. Este último refuerzo del mandato de la Agencia es gracias al cual se puede hablar de una auténtica Guardia Europea de Fronteras y Costas, tanto desde el punto de vista nominal como material.

## 6.2 La Guardia Europea de Fronteras y Costas. Del cambio nominal al cambio material

Como ya había señalado la Comisión, «en un espacio en el que no existen fronteras interiores, la migración irregular a través de las fronteras exteriores de un Estado miembro afecta al resto de Estados miembros del Espacio Schengen»<sup>267</sup>. Este simple razonamiento hace patente que, desde su origen, la ausencia de fronteras interiores en el Espacio Schengen ha supuesto una ventaja en relación con la libre circulación, pero también el «eslabón débil» de la Unión Europea en el ámbito del control migratorio<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 2007/2004, el Reglamento (CE) n.º 863/2007 y la Decisión 2005/267/CE [COM (2015) 671 final de 15 de diciembre de 2015, p. 2].

<sup>268</sup> La propuesta de Reglamento GEFC 2016 conectó peligrosamente la llegada de extranjeros a través de las fronteras exteriores con la seguridad: «La preocupación por la seguridad, intensificada tras los atentados terroristas de este año, ha aumentado la inquietud de los ciudadanos. Aunque las fronteras nunca pueden

Debido a la crisis migratoria de los últimos años, la balanza entre las ventajas y las desventajas de un espacio sin fronteras interiores parecía haberse decantado a favor de las segundas, tambaleando los cimientos del Espacio Schengen. Las «presiones excepcionales» que experimentó la Unión en sus fronteras en el año 2015 y «los movimientos secundarios derivados»<sup>269</sup> demostraban, según la Comisión, «que las estructuras existentes a escala de la Unión y de Estado miembro no [eran] adecuadas para hacer frente a los retos que genera una afluencia tan importante»<sup>270</sup>. Por ello, el 15 de diciembre de ese mismo año la Comisión Europea propuso la creación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, dando un supuesto «paso decisivo hacia un sistema de gestión integrada de las fronteras exteriores»<sup>271</sup>. Tras ciertas enmiendas del Consejo, la propuesta de la Comisión fue aprobada el 14 de septiembre de 2016, dando lugar a la adopción del Reglamento GEFC 2016. De este modo, para aumentar la efectividad en la protección de las fronteras exteriores se reforzaba el mandato de la Agencia, otorgándole el papel de supervisora de la capacidad de los Estados miembros para hacer frente a los retos en sus fronteras exteriores a través de análisis de vulnerabilidad, se regularon procedimientos para gestionar situaciones que requirieran una acción inmediata en un determinado Estado miembro y se creó un cuerpo permanente de guardias de fronteras.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de estas innovaciones, para autores como SANTOS VARA, «los cambios introducidos en la configuración de la Agencia no se podrían calificar de revolución sino más bien de una evolución natural en el proceso que se inició en 2004 con la creación de Frontex»<sup>272</sup>. Tal vez por ello, una vez que entró en vigor el Reglamento GEFC 2016, la Comisión manifestó que «aún se [podía] hacer más para garantizar (...) el control efectivo de las fronteras exteriores de la UE»<sup>273</sup>, concretamente

---

facilitar una seguridad plena, sí que pueden contribuir a incrementar la seguridad y la información e impedir futuros ataques. Esta función ha cobrado aún mayor importancia en el contexto del fenómeno cada vez más extendido de los combatientes extranjeros implicados en atentados terroristas. Por consiguiente, el refuerzo de las fronteras exteriores resulta fundamental para recuperar la confianza pública» (p. 2).

<sup>269</sup> Añadía la Comisión en su propuesta de Reglamento GEFC 2016 que «Los importantes movimientos secundarios han hecho que varios Estados miembros hayan vuelto a establecer controles en sus fronteras interiores, lo que ha supuesto una importante dificultad para el funcionamiento y la coherencia del espacio Schengen» (p. 2), fenómeno que ya analizamos en el Capítulo I.

<sup>270</sup> Según la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento GEFC 2016 «entre enero y noviembre de ese año aproximadamente un millón y medio de personas cruzaron las fronteras ilegalmente» (p. 2).

<sup>271</sup> Propuesta de Reglamento GEFC 2016, p. 2.

<sup>272</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización de la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, 2018, p. 147.

<sup>273</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013

en el aspecto relativo a los medios humanos a disposición de la Agencia. Por ello, dos años después de la aprobación del Reglamento GEFC 2016, la Comisión lanzó una nueva propuesta que, ahora sí, supuso un cambio radical para la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea. El cambio se ha materializado, principalmente, dotando a la Agencia de su propio personal con competencias ejecutivas de control fronterizo, al igual que los guardias fronterizos nacionales. El Reglamento GEFC 2019 se convirtió así, con su aprobación el 13 de noviembre de 2019, en el paso definitivo hacia la comunitarización de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea. La magnitud del cambio se manifiesta en que constituye una nueva regulación respecto a la de 2016. Es decir, el Reglamento GEFC de 2019 no modifica, sino que deroga y sustituye al anterior. En el Capítulo VII se realizará un análisis pormenorizado de la evolución de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas con respecto a su antecesora Frontex, prestando especial atención a las novedades introducidas por el Reglamento GEFC aprobado en 2019. No obstante, procede ahora dejar, al menos, esbozadas la organización y estructura de la nueva Agencia.

### 6.3 Composición de la Guardia Europea de Fronteras y Costas

La Guardia Europea de Fronteras y Costas está constituida «por las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras, incluidos los guardacostas en la medida en que lleven a cabo tareas de control fronterizo, las autoridades nacionales responsables en materia de retorno y la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas» (artículo 4 Reglamento GEFC 2019)<sup>274</sup>.

El primer componente de la GEFC, las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras, ya ha sido analizado en el epígrafe anterior. Por ello, ahora solo cabe destacar, como apunta VUORENSOLA, que los agentes

---

del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/162 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2018) 631 final de 12 de septiembre de 2018], p. 1.

<sup>274</sup> El hecho de que el legislador de la Unión haya decidido emplear el término «autoridades responsables de la gestión de fronteras» se debe a la circunstancia de que la labor de la Agencia GEFC (responsable, junto con los Estados miembros, de la gestión integrada de las fronteras) va mucho más allá del control fronterizo. En este sentido, el artículo 3 del Reglamento GEFC 2019 incluye entre los elementos de la gestión europea integrada de las fronteras el control fronterizo, las operaciones de búsqueda y salvamento, el análisis de riesgos, el intercambio de información y cooperación entre los Estados miembros, la cooperación con terceros países y el retorno de nacionales de terceros países, entre otros. Precisamente atendiendo a la variada composición de la gestión integrada de las fronteras llama la atención que se haya considerado también a «las autoridades nacionales responsables en materia de retorno» como una categoría independiente dentro de la GEFC. Como se ha señalado, dado que el retorno es un elemento de la gestión, las autoridades nacionales responsables del retorno ya se encontraban incluidas entre las autoridades nacionales encargadas de la gestión de fronteras, sin que fuera necesario mencionarlas expresamente.

de los Estados miembros que se insertan en la GEFC tienen un rol más complejo o desarrollado que cuando actúan como órganos de sus propios Estados, ya que, en cierta medida, son «recursos federales europeos»<sup>275</sup>. Esta arriesgada asimilación, como señala MUNGIANU, apunta indiscutiblemente hacia una supranacionalización del control de las fronteras exteriores de la Unión Europea<sup>276</sup>.

En lo que concierne al otro gran componente de la GEFC, la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas pasó a sustituir en 2016 a la antigua Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (Frontex) ampliando, como veremos posteriormente, sus competencias. No obstante, la gran mayoría de la doctrina coincidió en que la unificación de la Agencia Frontex y las autoridades nacionales de los Estados miembros bajo el paraguas de la GEFC en 2016 constituía una ficción<sup>277</sup> o, meramente, lo que vino en llamarse Frontex +<sup>278</sup>. Es decir, el Reglamento GEFC 2016 no regulaba una Agencia en la que su personal estatutario ejerciera verdaderamente funciones propias de guardias fronterizos. La Guardia Europea de Fronteras y Costas de 2016, pese a su propia denominación, seguía dependiendo de los medios humanos y la cooperación activa de los Estados miembros en lugar de constituir el Cuerpo de Guardias de Fronteras que ambiciosamente aspiraba a crear la Comisión desde 2002. Como apunta SOBRINO HEREDIA, «la mayoría de los Estados miembros [eran] más partidarios de concentrar el esfuerzo en una armonización de los procedimientos y de la normativa jurídica de cooperación e intervención, que en la creación de un servicio de esta naturaleza que, considera[ba]n, podría provocar costosas duplicaciones»<sup>279</sup>.

Actualmente, tras la reforma de 2019, la Agencia sigue siendo «comúnmente conocida como Frontex» (Considerando 3 Reglamento GEFC 2019). No obstante, ahora el artículo 5.2 Reglamento GEFC 2019 se ha ocupado de clarificar que la Agencia

---

<sup>275</sup> Sakari VUORENSOLA (ex jefe de la División Legal en Frontex), en una entrevista realizada el 8 de noviembre de 2012 en las oficinas de Frontex en Varsovia, *apud* Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement. The international responsibility of the EU*, cit., p. 45.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>277</sup> Philippe DE BRUYCKER, «The European Border and Coast Guard: A new Model Built in an old logic», cit., p. 564.

<sup>278</sup> Sergio CARRERA y Leonhard DEN HERTOOG, «A EBCG. What's in a name? », Research Paper for Centre for European Policy Studies (CEPS), 8 de marzo de 2016, p. 2. Disponible en: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-border-and-coast-guard-whats-name/> [Consultado por última vez el 17/07/2020]. En el mismo sentido Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización de la gestión de las fronteras?», cit., pp. 147 y ss.

<sup>279</sup> José Manuel SOBRINO HEREDIA, «La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 27, 2007, p. 443.

«comprenderá el cuerpo permanente de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (...) con una capacidad de hasta 10 000 miembros de personal operativo». Llega con ello el ansiado y aclamado brazo operativo propio de la Agencia, lo más próximo hasta el momento a un verdadero cuerpo europeo de guardias de fronteras. No obstante, el nuevo Reglamento mantiene el liderazgo del Estado miembro anfitrión de las operaciones, por lo que el personal de la Agencia aún no tiene suficiente autoridad como para actuar de forma autónoma o para dar instrucciones<sup>280</sup>. Sobre los medios humanos coordinados por la Agencia GEFC volveremos en el Capítulo VII.

#### 6.4 Las potestades ejecutivas de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas

##### 6.4.1 Las potestades ejecutivas de las agencias europeas

Tal y como afirman FUENTETAJA y BUSUIOC, no existe en el ordenamiento jurídico de la Unión una definición clara de lo que son las agencias europeas. No obstante, ambos autores entienden que de los caracteres comunes que presentan estos organismos puede extraerse un concepto jurídico aproximado de las mismas. De una lectura conjunta de estas aproximaciones se deriva que las agencias son organismos especializados e institucionalmente autónomos, creados por el legislador de la Unión, que son investidas de las potestades públicas necesarias para colaborar en la preparación y ejecución de una política común determinada<sup>281</sup>. En dicha ejecución, las agencias tienen un rol esencial en lo que respecta a la institucionalización de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros<sup>282</sup>.

De la definición anterior se deriva que las agencias forman parte de la estructura administrativa europea junto con la Comisión, el Consejo y el resto de los órganos a los que los Tratados atribuyen potestades ejecutivas, como el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones. Sin embargo, al contrario que estos dos últimos, cuyas potestades vienen atribuidas por los Tratados (artículos 132.3 y 209.3 TFUE,

---

<sup>280</sup> Se entiende por Estado miembro anfitrión de una operación o «Estado miembro de acogida»: «el Estado miembro en cuyo territorio tiene lugar una operación conjunta, una intervención fronteriza rápida, una operación de retorno o una intervención de retorno o en el que se despliega un equipo de apoyo a la gestión de la migración; o a partir del cual se inicia esa operación conjunta, esa intervención fronteriza rápida, esa operación de retorno, esa intervención de retorno o ese despliegue del equipo de apoyo a la gestión de la migración» (artículo 2, apartado 20, Reglamento GEFC 2019).

<sup>281</sup> Elena Madalina BUSUIOC, *European Agencies. Law and Practices of Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 21, y Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 299.

<sup>282</sup> Carolina SOLER GARCÍA, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 34, 2017, p. 7.

respectivamente), en el caso de las agencias sus potestades pueden ser atribuidas tanto por los Tratados (como es el caso de Europol y Eurojust, en los artículos 88 y 85 TFUE, respectivamente) como por el legislador (como es el supuesto, precisamente, de la Agencia GEFC).

La atribución de competencias ejecutivas a organismos no previstos en los Tratados fue durante algún tiempo un tema controvertido en el Derecho de la Unión. Téngase en cuenta que esta maniobra implica una excepción a la regla general según la cual, en los casos de ejecución directa, corresponde a la Comisión y al Consejo la aplicación del Derecho de la Unión. Además, cuando los Tratados han querido que, excepcionalmente, sea otro órgano el encargado, así se ha previsto expresamente (como es el caso del BCE, BEI, Europol y Eurojust). Por ello, resulta necesario determinar la base competencial que permite a las agencias creadas y reguladas por el legislador de la Unión asumir, sin cobertura expresa de los Tratados, el ejercicio de competencias ejecutivas privando de estas últimas tanto a los Estados miembros como a las instituciones de la Unión.

Actualmente, las agencias son consideradas un mero instrumento ejecutivo implícito en una competencia general atribuida a la Unión en el marco de una política sectorial concreta. Aunque, según FUENTETAJA, esta maniobra provocaría que las agencias dejaran de encuadrarse orgánicamente en el originario sistema institucional europeo para ser «rebajadas» a nivel administrativo, lo cierto es que permite que el legislador de la Unión recurra a ellas sin precisar una base jurídica explícita<sup>283</sup>. Este *modus operandi* fue avalado por el TJUE con ocasión de la STJUE de 2 de mayo de 2006, *Reino Unido c. Parlamento y Consejo*, as. C-207/04, fruto de un recurso de anulación interpuesto por residenciar la base competencial de la Agencia para la Seguridad de las Redes y de la Información en el artículo 95 TCE, relativo a la aproximación de las legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Según el TJUE, «[podía] resultar necesario, de acuerdo con una valoración efectuada por [el] legislador, instituir un organismo comunitario encargado de contribuir a alcanzar una

---

<sup>283</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 315. La primera vez que se creó una Agencia sobre la base de una competencia general atribuida a la Unión en el marco de una política sectorial concreta fue con ocasión de la Agencia Europea del Medio Ambiente, cuya base competencial fue el antiguo 130 S TUE (posterior artículo 175 TCE y actual 192 TFUE). *Vid.* Reglamento (CEE) n.º 1210/90 del Consejo, de 7 de mayo de 1990, por el que se crea la Agencia Europea de Medio Ambiente y la red europea de información y de observación sobre el medio ambiente.



armonización en situaciones en las que, para facilitar la aplicación uniforme de actos basados en dicha disposición, se considera que es adecuado adoptar medidas no vinculantes de acompañamiento y encuadramiento» (ap. 44). Para FUENTETAJA, una de las consecuencias de esta jurisprudencia de «basar cada agencia en la política respecto a la cual constituye un instrumento ejecutivo es que las competencias atribuidas a la agencia no podrán nunca ir más allá de lo permitido por dicha política»<sup>284</sup>.

La atribución de competencias ejecutivas a las agencias también tiene otros límites. Los principales son los establecidos en la jurisprudencia del TJ nacida de la sentencia *Meroni*, la cual limita la delegación de competencias ejecutivas que no sean susceptibles de riguroso control judicial y que impliquen decisiones discrecionales<sup>285</sup>. De lo anterior se derivaría que las agencias no tienen competencias para dictar normas de derecho secundario, las cuales desarrollan objetivos políticos, ni de derecho terciario (desarrollo o concreción del derecho secundario), que también implican «como mínimo el margen de apreciación discrecional inherente a toda potestad normativa»<sup>286</sup>. Como consecuencia, en principio, las agencias ostentan únicamente competencias ejecutivas de naturaleza operativa para dictar actos administrativos de aplicación de la normativa secundaria o terciaria, quedando las de naturaleza normativa reservadas normalmente a la Comisión y al Consejo y, excepcionalmente, al resto de órganos previstos en los Tratados.

Dependiendo de las concretas potestades ejecutivas de naturaleza operativa atribuidas por el legislador de la Unión o los Tratados a cada agencia, estas últimas pueden clasificarse, según la Comisión, en ejecutivas y reguladoras<sup>287</sup>. Mientras las primeras se caracterizan por sus tareas estrictamente de gestión para asistir a la Comisión en la aplicación de programas de la Unión y el sometimiento a su control (sin tener las potestades necesarias para trasladar las decisiones a actuaciones concretas)<sup>288</sup>, las

---

<sup>284</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 315. Sin embargo, este límite, en políticas cuyos objetivos son tan amplios como el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.2 d) TFUE] es prácticamente insignificante. Por ello, puede afirmarse que las competencias ejecutivas de la Agencia GEFC son cuasi ilimitadas.

<sup>285</sup> STJ de 13 de junio de 1958, *Meroni c. Alta Autoridad*, as. 9/56, p. 123.

<sup>286</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 320.

<sup>287</sup> Comisión Europea, *Proyecto de Acuerdo Interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas*, [COM (2005) 59 final de 25 de febrero de 2005].

<sup>288</sup> Las Agencias ejecutivas comparten una regulación común, la cual viene establecida por el Reglamento (CE) n.º 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios.

segundas pueden definirse como «entidades jurídicas autónomas creadas por la autoridad legislativa para participar en la regulación de un sector a escala europea y en la ejecución de una política comunitaria determinada»<sup>289</sup>. Dentro de estas últimas, que pese a su denominación no tienen competencia para emitir actos normativos, la propia Comisión diferencia entre agencias de asistencia, encargadas de ejercer tareas ejecutivas diversas con vistas a permitir a la Comisión realizar sus misiones (pero carentes de poder decisorio), y agencias decisorias, dotadas de la potestad de emitir actos jurídicos vinculantes respecto a terceros<sup>290</sup>. Según TREVISANUT, las agencias del ELSJ pueden considerarse como reguladoras, en la medida en que se ocupan «de la eficiente y flexible implementación del Derecho y las Políticas de la Unión en áreas particularmente basadas en consideraciones de naturaleza técnico-científica y del fomento de la homogeneización de las prácticas de los Estados miembros»<sup>291</sup>.

#### 6.4.2 La evolución de las potestades ejecutivas operativas de la Agencia GEFC

Coincidimos con el escepticismo de PI LLORENS respecto a la clasificación propuesta por la Comisión para la diferenciación entre las agencias europeas ya que, como afirma esta autora, una misma agencia puede cumplir distintas funciones<sup>292</sup>. De hecho, la Agencia GEFC ha sido descrita como una agencia dual por desarrollar, como comprobaremos a continuación, por un lado, tareas de asistencia y coordinación (como las agencias ejecutivas) y, por otro lado, otras tareas que implican la adopción de decisiones con efectos vinculantes para terceros (como las agencias reguladoras decisorias)<sup>293</sup>. Por ello, parece más acertado centrarse en una sistematización de sus

---

Sobre las agencias ejecutivas de la Unión Europea *vid.* Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «Las Agencias Ejecutivas de la Comisión Europea», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 6, 2004 (Ejemplar dedicado a: La gobernanza Europea), pp. 123-160.

<sup>289</sup> Comisión Europea, *Proyecto de Acuerdo Interinstitucional sobre el encuadramiento de las agencias reguladoras europeas*, cit., p. 5. Al contrario que las agencias ejecutivas, las agencias reguladoras no tienen una regulación común, sino que la norma de derecho derivado que las crea constituye su propio estatuto fundacional, al cual deben someterse.

<sup>290</sup> Comisión Europea, *El encuadramiento de las agencias reguladoras europeas*, [COM (2002) 718 final de diciembre de 2002], p. 12.

<sup>291</sup> Seline TREVISANUT, «Which borders for the EU Immigration Policy? Protection for EU joint borders management», en Loïc AZOULAI and Karin DE VRIES, *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationalities*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 116 y 117.

<sup>292</sup> Montserrat PI LLORENS, «El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, p. 85. En cualquier caso, si fuera necesario ubicar la Agencia GEFC en alguna categoría concreta de las establecidas por la Comisión, las potestades que le han sido atribuidas la aproximan más a una agencia reguladora decisoria que a una agencia ejecutiva al servicio de la Comisión.

<sup>293</sup> Jorrit RIJPMMA, «Hybrid Agencification in the Area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: The Case of Frontex», en Elena Madalina BUSUIOC et al. (Eds.), *The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, Institutionalisation and Everyday Decision-Making*, Manchester University Press, Manchester, 2012, pp. 84-102.

potestades y funciones que intentar encuadrarla dentro de una tipología concreta de agencia<sup>294</sup>.

Como sabemos, actualmente la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea es una responsabilidad que comparten la Agencia GEFC y las autoridades nacionales responsables de la gestión de fronteras (artículo 7 Reglamento GEFC 2019). Existiendo en este ámbito, como hemos comprobado, una cierta reserva de las potestades ejecutivas de naturaleza material a las autoridades nacionales de los Estados miembros, por su vinculación con el mantenimiento del orden público y la seguridad interior, dicha responsabilidad compartida se ha traducido en una atribución de competencias ejecutivas operativas de carácter transversal a la Agencia GEFC. Tales competencias son identificadas en el Considerando 12 Reglamento GEFC 2019, en virtud del cual «la Agencia debe apoyar la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de las fronteras exteriores (...) mediante el *refuerzo, la evaluación y la coordinación* de las acciones de los Estados miembros que ejecuten dichas medidas». A las potestades de refuerzo, evaluación y coordinación debe añadirse la de «elaborar una estrategia técnica y operativa como parte de la aplicación del ciclo de política estratégica plurianual para la gestión europea integrada de las fronteras» (Considerando 3 Reglamento GEFC 2019). Las funciones que implican el ejercicio de cada una de estas potestades serán objeto de exposición en los siguientes epígrafes y de un estudio pormenorizado en los sucesivos capítulos<sup>295</sup>. Sin embargo, conviene aclarar en este momento que estas potestades no fueron atribuidas de una sola vez por el legislador de la Unión, sino que son el producto de una evolución progresiva que partía de una concepción eminentemente intergubernamental en 2004 y que acabó convirtiéndose en una responsabilidad compartida en 2016.

---

<sup>294</sup> Montserrat PI LLORENS, «El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», cit., p. 85. En el mismo sentido, HOFMANN califica la clasificación de las agencias europeas establecida por la Comisión como «inútil», en Herwig HOFMANN, Gerard ROWE y Alexander TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 293.

<sup>295</sup> Las funciones de la Agencia GEFC son, de forma sintetizada, «elaborar una estrategia técnica y operativa como parte de la aplicación del ciclo de política estratégica plurianual para la gestión europea integrada de las fronteras; supervisar el funcionamiento efectivo del control fronterizo en las fronteras exteriores; llevar a cabo análisis de riesgos y evaluaciones de la vulnerabilidad; proporcionar una mayor asistencia técnica y operativa a los Estados miembros y los terceros países mediante operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas; garantizar la ejecución práctica de las medidas en una situación que requiera acciones urgentes en las fronteras exteriores; prestar asistencia técnica y operativa para ayudar en las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar y organizar, coordinar y realizar operaciones e intervenciones de retorno» (Considerando 3 Reglamento GEFC 2019).

El objetivo principal de la política común de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea siempre ha sido «establecer una gestión integrada que garantice un nivel elevado y uniforme de control y vigilancia». Así lo dispuso el Considerando 1 del originario Reglamento FRONTEX en 2004 y así se ha mantenido hasta el vigente Reglamento GEFC 2019. Sin embargo, las potestades atribuidas a la Agencia por el legislador de la Unión para materializar dicho objetivo han variado significativamente a lo largo del tiempo. En sus inicios, con un modelo de gestión de las fronteras exteriores en el que el ejercicio de todas las competencias ejecutivas de carácter operativo correspondía a los Estados miembros, la Agencia adoptó un papel secundario caracterizado por sus funciones de coordinación y asistencia a estos. Esta visión primigenia se reflejaba a la perfección en el apartado segundo del artículo 1 del Reglamento FRONTEX 2004, conforme al cual «Teniendo en cuenta que el control y la vigilancia de las fronteras exteriores competen a los Estados miembros, la Agencia facilitará y hará más eficaz la aplicación de las disposiciones comunitarias existentes y futuras en materia de gestión de las fronteras exteriores. Para ello, asegurará la coordinación de las actuaciones de los Estados miembros para aplicar dichas disposiciones, contribuyendo así a la eficacia, calidad y uniformidad del control de las personas y de la vigilancia de las fronteras exteriores de los Estados miembros». Como se puede apreciar, la tarea principal de la Agencia era, esencialmente, la coordinación y asistencia a los Estados miembros<sup>296</sup>. Por ello, su base competencial era, además del ya comentado artículo 62.2.a) TCE, el artículo 66 TCE, conforme al cual «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, tomará las medidas necesarias para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el presente título, así como entre dichos servicios y la Comisión». De este último precepto se valía el legislador para justificar las potestades de coordinación operativa atribuidas a la Agencia.

En el año 2016, a la vez que mutaba el régimen de responsabilidad y el nombre de la Agencia, se produjo un refuerzo importante de su mandato mediante la atribución de nuevas potestades con distintas finalidades. En primer lugar, para el establecimiento de una estrategia operativa y técnica para la gestión europea integrada de las fronteras; en segundo lugar, para supervisar las medidas adoptadas por los Estados miembros en

---

<sup>296</sup> De hecho, en aquel momento la Agencia ni siquiera contaba con recursos técnicos propios, limitándose a organizar y coordinar los de los Estados miembros.

aplicación del acervo en materia de gestión fronteriza; y, en tercer lugar, para reaccionar frente a las deficiencias o incumplimientos de los Estados miembros alumbrados por dicha supervisión. Al mismo tiempo, el Reglamento GEFC 2016 introdujo un procedimiento en virtud del cual se permitía al Consejo imponer a los Estados miembros un refuerzo operativo en sus fronteras exteriores mediante el despliegue de los equipos de la GEFC en aquellos casos en los que, debido a la ineficiente gestión de sus respectivas fronteras exteriores, pudieran poner en riesgo el funcionamiento del Espacio Schengen. Hasta este momento, la Agencia únicamente prestaba su asistencia bajo requerimiento de los Estados miembros que lo solicitaran. Dado que la atribución de estas nuevas potestades a la Agencia y al Consejo sobrepasaban claramente las previsiones del artículo 74 TFUE (antiguo artículo 66 TCE) por su injerencia en la soberanía de los Estados miembros<sup>297</sup>, fue el artículo 77.2 d) TFUE el que pasó a justificar su atribución<sup>298</sup>. De igual forma, en el Reglamento GEFC 2019 el establecimiento progresivo de un sistema integrado de las fronteras exteriores de la Unión Europea es el título habilitante para la incorporación de personal estatutario de la Agencia a la GEFC con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo.

De esta forma, y como puede observarse, la Agencia ha pasado de tener atribuidas únicamente potestades ejecutivas operativas asistenciales (coordinación) a ostentar competencias operativas que le permiten imponer deberes concretos a los Estados miembros (supervisión/reacción) e incluso ejercer potestades operativas de naturaleza material (actuación material de refuerzo). En definitiva, si bien en un inicio las funciones de Frontex tenían un cariz típicamente intergubernamental, la aspiración a establecer un sistema integrado de control de fronteras o, lo que es lo mismo, un sistema comunitarizado de control de fronteras, ha llevado inevitablemente al fortalecimiento de su mandato. Como consecuencia, hoy día se puede hablar de una mayor injerencia de la Agencia en lo que respecta a la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea, habiendo pasado de ser una mera asistente o cooperadora, a ser el brazo ejecutor de la Unión Europea en la política común de gestión de las fronteras exteriores. Quizás ello

---

<sup>297</sup> Según Steve PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 57, *apud* Roberta MUNCIANU, *Frontex and non-refoulement. The International responsibility of the EU*, cit., p. 24, el artículo 74 TFUE no puede constituir la base competencial para adoptar medidas de naturaleza sustantiva en relación con el Título V TFUE (ELSJ).

<sup>298</sup> Recordemos que, de conformidad con el artículo 77.2.d) TFUE, «el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario: (...) d) *cualquier medida* necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

justifique que se pueda hablar de una transición desde una «responsabilidad autónoma» de los Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea a la «responsabilidad compartida» entre aquellos y la Agencia (artículo 7.1 Reglamento GEFC 2019).

#### 6.4.3 Elaboración de una estrategia técnica y operativa de gestión europea integrada de las fronteras

Como se ha anticipado en el epígrafe anterior, el Reglamento GEFC 2016 trajo consigo un incremento considerable de las potestades ejecutivas de la Agencia GEFC para hacer frente a sus nuevas responsabilidades. Entre ellas, cabe destacar el establecimiento de «una estrategia operativa y técnica para la gestión europea integrada de las fronteras» (artículo 3.2 Reglamento GEFC 2016). Esta competencia parece derivar de las exigencias propias de la política común en materia de gestión de las fronteras exteriores. Es decir, si uno de los objetivos concretos enunciados por los Tratados es el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, parece lógico que, con la finalidad de conseguir cierta unidad de acción, exista un organismo encargado de trazar una estrategia operativa y técnica común a todos los Estados miembros. Estos últimos, de manera autónoma, descentralizada y sin una visión de conjunto, difícilmente serían capaces de coordinarse adecuadamente para garantizar cierta cohesión a la hora de gestionar unas fronteras que son comunes. Por todo ello, entendemos que la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de subsidiariedad en sentido ascendente fueron los principios que fundamentaron el ejercicio de esta competencia por parte de la Unión.

Pese a este aparente avance, lo cierto es que el encuadre de esta nueva potestad en la regulación de 2016 aún presentaba ciertas carencias. La principal fue la ausencia de una estrategia política sobre la que cimentar la mencionada estrategia operativa y técnica. Como sabemos, aunque no pueden adoptar actos discrecionales, una de las labores de las agencias es transformar los objetivos políticos marcados por otras Instituciones en actos de naturaleza técnica. El establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores constituía un objetivo político en sí mismo, pero era demasiado amplio y vago como para que la Agencia GEFC pudiera materializarlo en una estrategia concreta sin que ello implicara el ejercicio de potestades discrecionales por su parte. Por ello, el Reglamento GEFC 2019 enmarcó la potestad estratégica de la Agencia en el seno

de las competencias de planificación e implementación política de la Comisión<sup>299</sup>. De esta forma, el artículo 8.4 Reglamento GEFC 2019 establece que «la Comisión preparará un documento político que desarrolle una política estratégica plurianual para la gestión europea integrada de las fronteras»<sup>300</sup>. Dicho documento político, que se recogerá en una Comunicación de la Comisión, «establecerá las prioridades políticas y las orientaciones estratégicas» para abordar, por un periodo de cinco años, cada uno de los elementos que configuran la gestión integrada de las fronteras de forma «coherente, integrada y sistemática» (artículo 8.2 Reglamento GEFC)<sup>301</sup>. Sobre la base de este documento político, ahora sí, la Agencia GEFC «elaborará, mediante decisión del consejo de administración a propuesta del director ejecutivo en estrecha colaboración con los Estados miembros y la Comisión, una estrategia técnica y operativa para la gestión europea integrada de las fronteras» (artículo 8.5 Reglamento GEFC 2019).

Descendiendo al plano nacional, el Reglamento GEFC 2019 prevé que los Estados establezcan sus estrategias nacionales para la gestión europea integrada de las fronteras exteriores de conformidad con la política estratégica plurianual de la Comisión y la estrategia técnica y operativa de la Agencia GEFC<sup>302</sup>. De lo anterior se deriva que la

---

<sup>299</sup> De conformidad con el artículo 17.1 TUE «La Comisión (...) adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales».

<sup>300</sup> Según la propia Comisión, «el ciclo plurianual establecerá un proceso interoperable, unificado y continuo para proporcionar directrices estratégicas a todos los agentes pertinentes a nivel de la Unión y de los Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras y los retornos, a fin de ejecutar la gestión europea integrada de las fronteras de manera coherente, integrada y metódica» (Propuesta de Reglamento GEFC 2019, p. 16).

<sup>301</sup> En nuestra opinión, el precepto es un ejemplo representativo de que, como afirma MORENO MOLINA, «la Comisión, poco a poco, peldaño a peldaño, ha ido introduciéndose con intensidad progresiva en los intersticios procedimentales y operativos de las Administraciones nacionales cuando estas ejecutan derecho comunitario» [Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, cit., p. 94].

<sup>302</sup> Para algunos autores, esta necesidad de conformidad entre las estrategias nacionales y la estrategia de la Agencia GEFC ha sido interpretada como la atribución de una posición jerárquica superior a la Agencia sobre los Estados miembros en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores. En este sentido, Philippe DE BRUYCKER, «The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic», cit., p. 561, y Jorrit RUIPMA, «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», Study of the LIBE Committee, 2016, p. 14 [Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL\\_STU%282016%29556934](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL_STU%282016%29556934) (Consultado por última vez el 17/07/2020)]. En la misma línea, PEERS calificaba a la Agencia Frontex como el *Chief Executive Officer* de las autoridades nacionales encargadas de la gestión de las fronteras en Steve PEERS, «The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees' Expense?» *EU Law Analysis* [blog], 16-12-2015 [Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/the-reform-of-frontex-saving-schengen.html> (Consultado por última vez el 07/08/2020)]. En nuestra opinión, se trataría más de una cuestión de competencia que de una cuestión de jerarquía. Como ya hemos señalado con anterioridad, mientras que a la Agencia GEFC le corresponde el ejercicio de ciertas potestades ejecutivas operativas de carácter transversal (planificación, coordinación, supervisión), los Estados miembros se reservan el ejercicio de las potestades operativas más próximas a los ciudadanos y de carácter material. En cualquier caso, la relación entre la Agencia GEFC y los Estados miembros será objeto de análisis en el Capítulo IX.

decisión del consejo de administración de la Agencia GEFC es vinculante para los Estados miembros, constituyendo un acto jurídico derivado del ejercicio de una potestad ejecutiva de naturaleza operativa<sup>303</sup>. Al materializar en decisiones técnicas y operativas las opciones políticas previamente trazadas por la Comisión y ser controlable judicialmente (artículo 263 TFUE), parece que dicho acto es compatible con los límites a las competencias ejecutivas de las agencias europeas establecidos por la jurisprudencia *Meroni*.

#### 6.4.4 Coordinación de la cooperación operativa entre Estados miembros

Como ya se ha mencionado, en sus orígenes, la tarea de la Agencia Frontex era esencial y únicamente la coordinación y asistencia a los Estados miembros<sup>304</sup>. Así lo reflejaba el preámbulo del Reglamento FRONTEX 2004, en virtud del cual «Para aplicar eficazmente las normas comunes, se requiere aumentar la coordinación de la cooperación operativa entre los Estados miembros» (Considerando 2). Dicha coordinación tenía por objetivo esencial contribuir «a la eficacia, calidad y uniformidad del control de las personas y de la vigilancia de las fronteras exteriores de los Estados miembros» (artículo 1.2 Reglamento FRONTEX 2004). En concreto, en sus inicios, la Agencia se encargaba de coordinar las propuestas de operaciones conjuntas y los proyectos piloto presentados por los Estados miembros. Coordinación que en las sucesivas regulaciones (Reglamento FRONTEX 2007 y Reglamento FRONTEX 2011) se extendió a las nuevas modalidades de cooperación operativa (intervenciones fronterizas rápidas) y a la formación y composición de los recursos técnicos y humanos cuyo despliegue era necesario para poner aquellas en práctica. Especialmente significativo en este ámbito fue la regulación de la figura del Agente de Coordinación mediante el Reglamento FRONTEX 2007, el cual actúa de enlace entre la Agencia y los Estados miembros participantes en operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> De esta forma se produce lo que HOFMANN denomina «empoderamiento de las agencias para crear reglas administrativas vinculantes de carácter interno para los Estados miembros», lo cual sucede también, por ejemplo, en el sector de la aviación con la Agencia Europea de Seguridad de la Aviación (Herwig HOFMANN, Gerard ROWE y Alexander TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 579).

<sup>304</sup> Así sucedía normalmente con las agencias cuyo origen era de naturaleza intergubernamental. Como afirma SOLER GARCÍA, de esta forma se garantizaba «una mejor aplicación del Derecho de la Unión Europea sin renunciar a la autonomía, lo cual ocurriría en el caso de atribuir mayores competencias a la Comisión», Carolina SOLER GARCÍA, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», cit., p. 7.

<sup>305</sup> Sobre la figura del Agente de Coordinación, *vid.* Capítulo VII.



Con el paso del tiempo y de las sucesivas regulaciones, las funciones de la Agencia relacionadas con la coordinación y asistencia operativa aumentaron hasta quedar configuradas de la siguiente forma:

- «Asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores mediante la coordinación y organización de operaciones conjuntas, teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional» [artículo 10.1.g) Reglamento GEFC 2019];
- «Asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores poniendo en marcha intervenciones fronterizas rápidas en las fronteras exteriores de los Estados miembros sometidos a retos concretos y desproporcionados, teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional» [artículo 10.1.h) Reglamento GEFC 2019];
- «Prestar ayuda técnica y operativa a los Estados miembros y a terceros países, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014 y el Derecho Internacional, para apoyar las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas» [artículo 10.1.i) Reglamento GEFC 2019];

Todas estas modalidades de cooperación operativa, junto con los medios técnicos y humanos necesarios para su puesta en práctica, serán analizados con detenimiento en el Capítulo VII y, tras ello, se estudiará el régimen jurídico de la actividad de vigilancia en el seno de las modalidades de cooperación operativa coordinadas por la Agencia GEFC en el ámbito marítimo (Capítulo VIII). No obstante, conviene destacar ahora que en el caso de la coordinación de la cooperación operativa, a nuestro parecer, también nos encontramos ante una competencia ejecutiva de naturaleza operativa atribuida a la Agencia como consecuencia de las necesidades propias de la política común de gestión de las fronteras exteriores.

En efecto, ante determinadas situaciones, como puede ser la afluencia masiva de nacionales de terceros Estados a un determinado Estado miembro, es necesario que todos los Estados que forman parte del Espacio Schengen aúnen sus esfuerzos. Al igual que

sucedía con la planificación estratégica, sería difícil que los Estados miembros de forma individualizada fueran capaces de coordinarse de forma adecuada para preservar el funcionamiento del Espacio Schengen. De ahí nace la necesidad de que exista un organismo europeo que tenga atribuida la potestad de coordinar la cooperación operativa entre aquellos para alcanzar cierta unidad de acción. Esta idea ya la reflejaba el Considerando 2 del Reglamento FRONTEX 2007, conforme al cual «Un Estado miembro que se vea enfrentado a una situación que exija una asistencia operativa y técnica reforzada en sus fronteras exteriores puede (...) pedir a la Agencia que le proporcione asistencia en forma de ayuda a la coordinación, cuando se vean afectados otros Estados miembros».

El principal instrumento a disposición de la Agencia para coordinar las distintas modalidades de cooperación operativa es el Plan Operativo de cada operación, el cual «cubre todos los elementos necesarios para una adecuada y oportuna organización de la operación coordinada por Frontex; es decir, los aspectos técnicos y organizativos más relevantes de las operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas»<sup>306</sup>. De conformidad con el artículo 38 Reglamento GEFC 2019, el Plan Operativo será aprobado por el director ejecutivo de la Agencia GEFC y será vinculante tanto para esta última como para los Estados miembros (artículo 38, apartados 2 y 3 Reglamento GEFC 2019). Como podemos observar, de nuevo nos encontramos ante un acto jurídico vinculante para los Estados miembros derivado del ejercicio de las potestades ejecutivas de naturaleza operativa atribuidas a la Agencia GEFC. Dado que dicho acto tiene un contenido exclusivamente técnico y puede ser objeto de control judicial (artículo 263 TFUE), entendemos que también se adecúa a las exigencias de la jurisprudencia relativa a las potestades ejecutivas de las agencias europeas.

#### 6.4.5 Supervisión de la gestión de las fronteras exteriores realizada por los Estados miembros y reacción ante incumplimientos

En el año 2016, además de las potestades relativas al establecimiento de una estrategia técnica y operativa en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores, se dotó a Frontex de nuevas competencias con la finalidad de evaluar y tratar de corregir la capacidad de los Estados miembros para gestionar sus fronteras exteriores. Nos referimos a la potestad de supervisión de las medidas adoptadas por los Estados miembros

---

<sup>306</sup> Frontex/ Operations Division/ Joint Operation Unit/ Sea Sector Border, *Operational Plan (Main Part) Poseidon Sea 2015*, Doc. n.º 2015/SBS/07, Varsovia, 15 de enero de 2015, p. 5.

en aplicación del acervo en materia de gestión fronteriza en sus respectivos territorios y a la de reacción frente a las deficiencias o incumplimientos detectados por dicha supervisión.

Las potestades mencionadas respondían a la previsión de nuevas tareas encargadas a la Agencia. En relación con la potestad de supervisión, nos referimos a la obligación de realizar evaluaciones de vulnerabilidad, incluida la evaluación de la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores [actual artículo 10.1.c) Reglamento GEFC 2019] y al deber de supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace de la Agencia GEFC en los Estados miembros [actual artículo 10.1.d) Reglamento GEFC 2019]. Posteriormente, en fase de reacción a los resultados de las evaluaciones de vulnerabilidad, se otorgó al director de la Agencia GEFC la posibilidad de adoptar recomendaciones dirigidas a los Estados miembros con la finalidad de que subsanasen las deficiencias detectadas (actual artículo 32.8 Reglamento GEFC 2019). En aquellos casos en los que dichas recomendaciones no se tradujeran en medidas nacionales en un determinado plazo, se preveía que el consejo de administración de la Agencia GEFC pudiera adoptar decisiones vinculantes para los Estados miembros reiterando las medidas que debían adoptarse (actual artículo 32.10 Reglamento GEFC 2019).

Del contenido de las potestades objeto de análisis en este epígrafe se desprende, a nuestro entender, que el fundamento de su atribución a la Agencia GEFC es distinto del que subyacía a las potestades de planificación estratégica y coordinación operativa. En el caso de las competencias de supervisión y reacción, no nos encontramos ante potestades consustanciales a los objetivos y fines de la política de gestión de las fronteras exteriores. Es decir, no nos encontramos ante una ejecución directa originaria o de base. Esta hipótesis se defiende con especial facilidad en el caso de las potestades de reacción, las cuales no son más que la manifestación de un mecanismo de alerta que se activa cuando los Estados miembros yerran en la ejecución de potestades que originariamente les corresponde ejecutar. Esta actuación *a posteriori* de la Agencia GEFC (o ejecución directa subsidiaria, en el sentido del epígrafe 4.3.1 de este Capítulo) que caracteriza a la supervisión y a la reacción se contrapone al ejercicio de potestades como la planificación de la gestión integrada y la coordinación de la cooperación operativa, las cuales pertenecen originariamente a la Agencia GEFC por las características mismas de la

política en la que se insertan. El distinto fundamento de estas potestades motiva que se analicen de forma separada en el Capítulo IX de este trabajo.

En cualquier caso, las potestades de supervisión y reacción de la Agencia GEFC, al igual que en la planificación y coordinación, también se materializan en actos jurídicos concretos. En particular, la reacción por parte de la Agencia GEFC puede implicar la imposición de medidas o deberes específicos a los Estados miembros mediante Decisiones del consejo de administración. De nuevo, nos encontramos ante una potestad ejecutiva de naturaleza operativa que, por dar lugar a actos administrativos de naturaleza técnica, controlables por el TJUE, cumplirían con los requisitos de la jurisprudencia *Meroni*.

#### 6.4.6 Actividad material de refuerzo en materia de gestión fronteriza

Desde el año 2016, la Guardia Europea de Fronteras y Costas está constituida «por las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras, incluidos los guardacostas en la medida en que lleven a cabo tareas de control fronterizo, (...) y la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas» (actual artículo 4 Reglamento GEFC 2019). Ahora bien, hasta el año 2019, los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (en adelante equipos GEFC) que participaban en las distintas modalidades de cooperación operativa estaban formados por los «guardias de fronteras y demás personal competente *de los Estados miembros participantes*, incluidos los guardias de fronteras y otro personal competente enviados en comisión de servicios como expertos nacionales por los Estados miembros a la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que se desplegarán durante operaciones conjuntas, intervenciones fronterizas rápidas (...)» (artículo 2 Reglamento GEFC 2016).

Del tenor literal del artículo 2 del Reglamento GEFC 2016 se desprendía que en los equipos GEFC encontrábamos dos subcategorías de guardias de fronteras nacionales: aquellos que venían enviados directamente por los Estados miembros para una operación concreta y aquellos otros que, tras ser puestos a disposición de la Agencia GEFC por los Estados miembros por un periodo de tiempo determinado (comisión de servicios), eran desplegados por esta última con la finalidad de apoyar a la primera categoría («guardias de fronteras y otro personal competente enviados en comisión de servicios como expertos nacionales»). Eso sí, independientemente de si en el momento en el que eran requeridos

estaban trabajando directamente para su Estado miembro de origen<sup>307</sup> o para la Agencia GEFC, los integrantes de los equipos de la GEFC eran guardias de fronteras nacionales, en ningún caso personal propio de la Agencia<sup>308</sup>.

Como se ha adelantado en epígrafes previos, con la aprobación del Reglamento GEFC 2019 se produce un cambio revolucionario en la composición de los equipos de la GEFC, pasando a formar parte de ellos personal estatutario de la Agencia GEFC con competencias ejecutivas de control fronterizo. Como consecuencia, dichos equipos pasaron a estar formados por guardias fronterizos nacionales y funcionarios de la Unión Europea. Aunque este personal estatutario, al igual que los guardias fronterizos nacionales, ejerzan sus potestades ejecutivas de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado miembro de acogida de la operación conjunta o intervención fronteriza rápida (artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019), bajo las instrucciones de sus autoridades y, por regla general, en su presencia (artículo 82.4 Reglamento GEFC 2019), lo cierto es que el ejercicio de actividades de vigilancia e inspección por parte de funcionarios de la Unión Europea supone una alteración trascendental de la distribución de potestades ejecutivas entre esta última y los Estados miembros, yendo mucho más allá de una cuestión meramente organizativa. Recordemos que, desde los orígenes de la Política común de gestión de las fronteras exteriores, se habían reservado las potestades ejecutivas operativas de naturaleza material en el ámbito del control fronterizo a los Estados miembros por su estrecha vinculación con el mantenimiento del orden público y la seguridad interior. Con la entrada de personal estatutario de la Agencia GEFC en el ejercicio de actividades de control fronterizo ya hemos señalado que parece que se produce un conflicto entre la base competencial para la atribución de tales potestades [artículo 77, apartado 2, letras b) y d) TFUE] y las reservas establecidas en el artículo 72 TFUE<sup>309</sup>. Sobre este aspecto volveremos en el Capítulo VII.

De nuevo, al igual que ocurría con las potestades de supervisión y reacción, el refuerzo que representa el personal estatutario no deriva de las necesidades propias de la

---

<sup>307</sup> El Estado miembro de origen es el Estado en el que un componente de los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas ejerce como guardia de fronteras o como otro miembro de personal competente, según lo definía el artículo 2 Reglamento GEFC 2016.

<sup>308</sup> Además de la propia composición de los equipos, así lo confirmaba el artículo 58.2 Reglamento GEFC 2016, relativo al personal de la Agencia GEFC, según el cual «solamente podrán ser designados para los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas guardias de fronteras u otro personal competente en comisión de servicios [pero no el personal estatutario de la Agencia]».

<sup>309</sup> *Vid. supra*. Epígrafe 3.3.2 «Las reservas a favor de los Estados miembros en materia de seguridad interior y orden público».

Política común de gestión de las fronteras exteriores, sino de la incapacidad de los Estados miembros para, en ejercicio de su autonomía institucional y procedimental, reunir los suficientes medios humanos para hacer frente a determinados retos que se presentan en sus fronteras exteriores. La solidaridad es una consecuencia y, al mismo tiempo, una exigencia lógica que se deriva del establecimiento de unas fronteras exteriores comunes. Sin embargo, la incorporación del personal estatutario a las labores de control fronterizo nace como respuesta a las carencias de personal que se venían presentando en la cooperación operativa entre Estados miembros desde hacía años<sup>310</sup>. Como se adelantó en el Capítulo I, la crisis migratoria estaba poniendo en riesgo el funcionamiento del Espacio Schengen y el ejercicio del derecho a la libre circulación, por lo que el cambio en el ejercicio de las potestades operativas materiales en materia de control fronterizo fue, en última instancia, una maniobra del legislador de la Unión para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los Estados miembros. Si esta ejecución directa subsidiaria del Derecho de la Unión tiene cobertura en los Tratados fundacionales, es una cuestión que compete determinar al TJUE. Hasta el momento, no se ha planteado ningún recurso de anulación contra el Reglamento GEFC 2019.

Como veremos en los Capítulos VII y IX, dado que las distintas modalidades de cooperación operativa pueden desplegarse tanto a solicitud de un Estado miembro (artículo 37 Reglamento GEFC 2019)<sup>311</sup> como por Decisión del Consejo (artículo 42 Reglamento GEFC 2019)<sup>312</sup>, el refuerzo a los equipos de la GEFC representado por el

---

<sup>310</sup> Según la Comisión, el conjunto de compromisos anuales correspondientes a 2018 entre la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas y los Estados miembros «solo cubrieron el 49% y el 45% de las necesidades de la Agencia en materia de guardias de fronteras y equipos, respectivamente, para sus actividades en las fronteras terrestres. En el caso de las operaciones en las fronteras marítimas, si bien se cubrió el 96% de las necesidades de guardias de fronteras, solo se cubrió el 60 % de las necesidades de activos técnicos». Lo mismo sucedía con el contingente de reacción rápida, «el cual no había cubierto aún sus necesidades de 1.500 efectivos» (Comisión Europea, Proyecto de Reglamento GEFC 2019, pp. 4 y 5).

<sup>311</sup> De conformidad con el artículo 37 Reglamento GEFC 2019 «1. Un Estado miembro *podrá pedir* a la Agencia que inicie operaciones conjuntas para hacer frente a los retos venideros, como la inmigración ilegal, las amenazas actuales y futuras en las fronteras exteriores o la delincuencia transfronteriza, o que le preste una mayor asistencia técnica y operativa, para el cumplimiento de sus obligaciones de control de las fronteras exteriores. (...) 2. A *solicitud* de un Estado miembro que se encuentre ante una situación de retos concretos y desproporcionados, (...) la Agencia podrá desplegar, durante un período limitado de tiempo, una intervención fronteriza rápida en el territorio de dicho Estado miembro de acogida».

<sup>312</sup> En virtud del artículo 42.1 Reglamento GEFC 2019 «Cuando el control de las fronteras exteriores sea tan ineficaz que pueda poner en peligro el funcionamiento del espacio Schengen, porque:

- a) un Estado miembro no adopte las medidas necesarias fijadas en una decisión del consejo de administración, según lo dispuesto en el artículo 32, apartado 10, o
- b) un Estado miembro que se enfrente a un reto concreto y desproporcionado en las fronteras exteriores no haya solicitado ayuda suficiente a la Agencia al amparo de los artículos 37, 39 o 40,

personal estatutario de la Agencia GEFC puede considerarse como una asistencia o como una imposición. Probablemente, el despliegue de funcionarios de la Unión Europea para ejercer potestades de control fronterizo en un Estado miembro que no lo ha solicitado era un escenario impensable cuando los Estados parte de Schengen decidieron suprimir los controles fronterizos internos para garantizar la libre circulación de personas entre ellos. Sin embargo, la evolución de las medidas compensatorias y de las potestades que estas implican hacia una mayor supranacionalización puede convertir en realidad lo que, hasta el momento, es solo una posibilidad contemplada en el Reglamento GEFC 2019.

Ahora bien, pese a todas las ventajas que esta tendencia a la supranacionalización pueda albergar, lo cierto es que también conviene destacar los riesgos que conlleva. La intervención de las agencias de la Unión Europea cuando se ponen en riesgo los objetivos de los Tratados fundacionales no es una novedad<sup>313</sup>. Tampoco lo es el ejercicio de potestades ejecutivas por parte de los funcionarios de la Unión en un sector concreto<sup>314</sup>.

---

o no está dando los pasos necesarios para adoptar las medidas establecidas en dichos artículos o en el artículo 41,

*el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar sin demora una decisión, mediante un acto de ejecución, en la que se fijen las medidas que deberá adoptar la Agencia al objeto de aminorar dichos riesgos y en la que se solicite al Estado miembro de que se trate que coopere con la Agencia en su aplicación».*

<sup>313</sup> Por ejemplo, el artículo 28 del Reglamento (UE) n.º 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, titulado «Poderes de intervención de la AEVM [Agencia Europea de Valores y Mercados] en circunstancias excepcionales» prevé que:

«1. De conformidad con el artículo 9, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 1095/2010, y siempre que concurran las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, la AEVM:

- a) exigirá a las personas físicas o jurídicas que mantengan posiciones cortas netas en relación con un instrumento financiero específico o una clase de instrumentos financieros que notifiquen a una autoridad competente o publiquen los detalles de tales posiciones, o
- b) prohibirá a las personas físicas o jurídicas realizar ventas en corto u operaciones que creen un instrumento financiero o se refieran a un instrumento financiero distinto de los instrumentos financieros contemplados en el artículo 1, apartado 1, letra c), y cuyo efecto, o uno de cuyos efectos, sea conferir una ventaja financiera a dicha persona en caso de que disminuya el precio o valor de otro instrumento financiero, o impondrá condiciones para ello.

2. La AEVM únicamente adoptará una decisión con arreglo al apartado 1 si:

- a) las medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) y b), están encaminadas a *hacer frente a una amenaza que tenga implicaciones transfronterizas para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión, y*
- b) *las autoridades competentes no han tomado medidas para hacer frente a la amenaza o las medidas adoptadas no constituyen una respuesta adecuada frente a la misma».*

Como podemos observar, el objeto e intención del precepto es similar al del 42.1 Reglamento GEFC 2019. Sin embargo, conviene destacar que en este caso es la propia AEVM la que decide intervenir, no el Consejo.

<sup>314</sup> Por ejemplo, el artículo 17.1 Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) dispone que «Cuando la evolución de los intercambios entre Estados miembros, la rigidez de los precios u otras circunstancias hagan presumir que pueda limitarse o falsearse la competencia dentro del mercado común, la Comisión podrá proceder a una investigación general en un sector determinado de la economía o en un tipo concreto de acuerdos comunes a diversos sectores

Sin embargo, es la primera vez que se atribuyen a funcionarios de la Unión potestades de ejecución que implican el ejercicio de poderes de policía de naturaleza eminentemente material, como es la vigilancia fronteriza. Compartimos con RIJPMa la opinión de que el sistema judicial de la Unión Europea no está configurado actualmente para revisar actuaciones materiales de sus funcionarios que no se concreten en actos administrativos<sup>315</sup>. Nos referimos, por ejemplo, a los rechazos en frontera de migrantes que tratan de entrar irregularmente en un territorio (comúnmente denominados «devoluciones en caliente»), la desviación en el mar de buques cargados de migrantes o la entrega a autoridades de terceros Estados de migrantes rescatados en una operación de salvamento marítimo. Todas estas medidas, que serán analizadas pormenorizadamente a lo largo de este trabajo, pueden ser objeto de recurso con mayor o menor complejidad cuando son realizadas por guardias fronterizos nacionales si entran en conflicto con la normativa nacional, europea o internacional en materia de derechos humanos. El problema, por los motivos aducidos, se presenta cuando las llevan a cabo funcionarios de la Unión Europea y no resulta posible someterlos a ningún control judicial, ni de tribunales nacionales ni de tribunales de la Unión, lo cual llevaría a plantear la incompatibilidad de este ejercicio de potestades ejecutivas materiales por parte de la Agencia GEFC con la jurisprudencia *Meroni*, que, recordemos, exige que las mismas puedan ser objeto de control judicial. En el Capítulo VII se podrá comprobar que la solución del legislador europeo a este problema pasa por atribuir las conductas del personal estatutario de la Agencia GEFC al Estado miembro de acogida al servicio del cual se ponen para participar en una determinada modalidad de cooperación operativa, lo que, sin embargo, acarrea otros problemas de distinta índole.

---

económicos. En el curso de la misma, la Comisión podrá recabar de las empresas o asociaciones de empresas de que se trate la información necesaria para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y efectuar las inspecciones pertinentes a tal efecto».

<sup>315</sup> Jorrit RIJPMa, «Frontex and the European system of border guards: the future of border European border management», cit., pp. 239 y ss. En efecto, el artículo 263 TFUE no parece ser aplicable en estos casos, al contemplar únicamente el recurso contra actos administrativos de las instituciones y organismos de la Unión Europea (Artículo 263 TFUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros»).



### **CAPÍTULO III. TÉCNICAS JURÍDICAS DE CONTROL FRONTERIZO EN EL ESPACIO SCHENGEN. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTIVIDAD DE VIGILANCIA**

#### **1. DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE CONTROL FRONTERIZO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN**

#### **1. DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE CONTROL FRONTERIZO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN**

##### **1.1 El Código de Fronteras Schengen como norma de referencia en materia de control fronterizo**

Los controles fronterizos constituyen una manifestación del derecho soberano de todo Estado a no admitir la presencia en su territorio de (o a no dejar salir de este a) aquellas personas que no cumplan los requisitos o condiciones para entrar en él (o para abandonarlo). No obstante, de lo expuesto hasta el momento se desprende que existen ciertas peculiaridades en lo que respecta a la realización de controles fronterizos en el marco del Espacio Schengen. En primer lugar, como sabemos, los Estados que forman parte de él han decidido suprimir los controles fronterizos entre ellos y relocalizarlos en sus fronteras exteriores con terceros Estados, dando lugar a lo que hemos denominado «el modelo europeo de fronteras» (Capítulo I). En segundo lugar, los mismos Estados han convenido en compartir parte de su soberanía para regular esta materia en el seno de la Unión Europea, motivo por el cual la «Política común sobre controles en las fronteras» constituye una materia compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea (Capítulo II). Pues bien, la norma sobre la que se cimenta tanto el modelo europeo de fronteras como la mencionada política es el CFS 2016.

##### **1.1.1 Ámbito de aplicación objetivo**

Como hemos anticipado, entre los objetivos que persigue la Política común sobre controles en las fronteras (eliminar los controles interiores, garantizar un control y vigilancia eficaces en las fronteras exteriores y establecer un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores), aquellos que nos suscitan mayor interés por su conexión con el objeto de esta investigación son los dos últimos, los cuales, conjuntamente, explican la existencia de una sub-política que presenta particularidades suficientes como para analizarla de manera autónoma: la Política común de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Precisamente, para «garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores» [artículo 77.1.b) TFUE] es para

lo que el Parlamento Europeo y el Consejo debían adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «medidas relativas a (...) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores» [artículo 77.2.b) TFUE]. Es así como nace el CFS 2016, erigiéndose en la norma del acervo Schengen que recoge la regulación esencial en materia de control fronterizo.

El CFS 2016 consta de tres Títulos, el primero dedicado a disposiciones generales y el segundo y tercero a las fronteras exteriores e interiores, respectivamente. Se complementa con diversos Anexos, donde se especifican desde los documentos justificativos para la comprobación de las condiciones de entrada en la Unión Europea hasta las señales que deben instalarse en los pasos fronterizos. El objeto de esta norma de derecho derivado es, como exige el modelo europeo de fronteras, doble: «dispone[r] la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las *fronteras interiores* de los Estados miembros de la Unión Europea [y] establece[r] [las] normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las *fronteras exteriores* de los Estados miembros de la Unión» (artículo 1 CFS 2016). No obstante, dado el objeto de esta investigación, nos centraremos exclusivamente en el segundo aspecto.

#### 1.1.2 Ámbito de aplicación subjetivo y categorización de la actividad de control fronterizo como actividad administrativa de policía

En lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo, el CFS 2016 distingue entre quién debe aplicar sus disposiciones (ámbito de aplicación subjetivo activo) y a quién se deben aplicar estas últimas (ámbito de aplicación subjetivo pasivo).

El ámbito de aplicación subjetivo activo del CFS 2016 viene constituido por los Estados miembros de la Unión Europea. Ya hemos tenido ocasión de anticipar que, pese a la existencia de un corpus normativo común en materia de control fronterizo (CFS 2016), «los Estados miembros [son] los principales responsables de la gestión de sus secciones de fronteras» (artículo 7.1 Reglamento GEFC 2019). Como consecuencia, en principio, es a estos últimos a quienes corresponde la ejecución del CFS 2016 en sus respectivas fronteras exteriores o, dicho de otra forma, es a aquellos a quienes compete el ejercicio de las potestades ejecutivas operativas en materia de control fronterizo contenidas en el mencionado Reglamento.

En relación con el ámbito de aplicación subjetivo pasivo del CFS 2016, para determinarlo es conveniente definir previamente la actividad que regula. En este sentido,

el artículo 2, punto 10, CFS 2016 entiende por control fronterizo aquella «actividad realizada en las fronteras, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y a los efectos del mismo, que, con independencia de otros motivos, [responda] a la intención de cruzar la frontera o [al] propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras» (artículo 2, punto 10 CFS 2016). Como puede observarse, más allá de dejar constancia de que el control fronterizo se descompone en dos actividades (inspección y vigilancia), el precepto no es demasiado esclarecedor. Por ello, consideramos necesario precisar algunos aspectos.

El primero de ellos es que la principal finalidad de esta actividad es asegurar que únicamente aquellas personas que están autorizadas a entrar en un determinado país cruzarán efectivamente la frontera<sup>316</sup>. En este sentido, DEN HEIJER considera los controles fronterizos como instrumentos de policía que permiten asegurar la efectiva implementación de la legislación migratoria de un país<sup>317</sup>. Lo apuntado por este autor nos invita a encuadrar esta actividad en el seno de la llamada actividad administrativa de limitación, entendiéndose por tal aquella en la que la Administración «impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena imperativamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila el cumplimiento de todo ello; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer el interés público»<sup>318</sup>. Trasladando el concepto a nuestro ámbito de investigación, obtenemos que, efectivamente, el CFS 2016 establece una serie de deberes o condiciones a las personas que pretendan entrar en la Unión Europea con la finalidad de garantizar la libre circulación de personas en el Espacio Schengen y regula las actividades de control tendentes a garantizar el cumplimiento de tales condiciones y a reaccionar frente a los posibles incumplimientos<sup>319</sup>. Por lo tanto, las personas a las que se dirigen tales

---

<sup>316</sup> De dicha función se encargan los guardias fronterizos, es decir, «todo funcionario público destinado, de conformidad con el Derecho interno, en un paso fronterizo o a lo largo de la frontera o en la proximidad inmediata de esta, que realice, de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho interno, misiones de control fronterizo» (artículo 2, punto 14 CFS 2016).

<sup>317</sup> Maarten DEN HEIJER, «Europe beyond its borders: refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», en Bernard RYAN, Valsamis MITSILEGAS (Eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, pp. 196 y 197.

<sup>318</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Coords.), *Derecho Administrativo. Tomo III Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 19.

<sup>319</sup> En cuanto a la calificación de la libre circulación de personas como bien jurídico protegido por el CFS 2016, debe recordarse que la Unión Europea nace como consecuencia de una apuesta de determinados Estados por establecer un mercado común «sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de

condiciones, que son objeto de control para supervisar su cumplimiento y respecto a las cuales se adoptan medidas de reacción en caso de incumplimiento, constituyen el ámbito subjetivo pasivo de aplicación del Reglamento<sup>320</sup>.

El segundo aspecto a tener en cuenta en relación con el control fronterizo es que, a nuestro entender, el hecho de que una de las condiciones esenciales que deben cumplir las personas que cruzan las fronteras exteriores sea «no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros (...)» [artículo 6.1.e) y 8.2.b) CFS 2016] permite afirmar (en línea con DEN HEIJER) que, dentro de las actividades administrativas de limitación, nos encontremos concretamente ante lo que parte de la doctrina administrativista denomina actividad de policía. En esta última se comprende «solo aquella parte de la actividad administrativa de limitación que tiene por fin evitar perturbaciones del orden público o, si estas ya se han producido, evitar que continúen. Esto es, combate los riesgos para el orden público y sus alteraciones con la finalidad de mantenerlo o restaurarlo»<sup>321</sup>. Sobre este aspecto profundizaremos con posterioridad. A favor del encuadre del control fronterizo dentro de la actividad administrativa de policía conviene recordar que la puesta en peligro del orden público y la seguridad de un Estado es un motivo explícitamente contemplado en el CFS 2016 para restablecer los controles fronterizos internos, según vimos en el Capítulo I.

### 1.1.3 Ámbito de aplicación territorial

Por último, antes de entrar a analizar las distintas actividades comprendidas en el concepto de control fronterizo, conviene recordar que el modelo europeo de fronteras implica no solo la separación entre la frontera-línea y la frontera-lugar de control (por el traslado de los controles interiores a las fronteras exteriores), sino también la separación entre la supuesta frontera-lugar de control (frontera-línea exterior) y el propio control (por la deslocalización de los controles fronterizos exteriores). De lo anterior se deriva, necesariamente, que la aplicación del CFS 2016 se extiende más allá de las fronteras

---

mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados» (artículo 26 TFUE). Concretamente, en lo que respecta a la libre circulación de personas, el artículo 3.2 TUE establece que «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

<sup>320</sup> En virtud del artículo 3 CFS 2016 «El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros (...)».

<sup>321</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 27.

exteriores del Espacio Schengen, respondiendo, como afirma MORENO LAX, a un criterio de aplicación funcional, más que geográfico<sup>322</sup>.

## 1.2 Las inspecciones fronterizas en el Código de Fronteras Schengen

Según hemos indicado, el control fronterizo llevado a cabo en las fronteras exteriores del Espacio Schengen se descompone en dos actividades diferentes: inspección y vigilancia. Pues bien, centrándonos en la primera de ellas, «las inspecciones [son] efectuadas en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas, incluidos sus medios de transporte y los objetos en su posesión en el territorio de los Estados miembros o su abandono» (artículo 2, punto 10 CFS 2016). El legislador de la Unión ha prestado especial atención a esta modalidad de control fronterizo, estableciendo un régimen común prácticamente acabado cuya regulación encontramos contenida en numerosos preceptos (artículos 7-12, 19 y 20 CFS 2016) y un Anexo (el VI) dedicados en exclusiva a las inspecciones fronterizas. Estas no constituyen el objeto principal de esta investigación, no obstante lo cual, su estrecha vinculación jurídica y material con la actividad de vigilancia fronteriza exige que se esbocen sus principales características, sin lo cual resulta imposible comprender adecuadamente la complementariedad y las diferencias entre ambas actividades.

Dado que «las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas» (artículo 5.1 CFS 2016), del hecho de que las inspecciones fronterizas sean llevadas a cabo en dichos pasos fronterizos se desprende que aquellas son el instrumento habitual a disposición de los Estados para canalizar la entrada «regular» de personas en el Espacio Schengen<sup>323</sup>. Como veremos más adelante, esta es la diferencia esencial con la actividad de vigilancia fronteriza, la cual trata de prevenir la entrada «irregular» de personas mediante el control de aquellos lugares de la frontera (y sus alrededores) que no sean pasos fronterizos.

Atendiendo a su naturaleza, la inspección se configura como una actividad eminentemente jurídica, consistente en verificar los requisitos de entrada de una persona en un determinado territorio<sup>324</sup>. Hasta marzo de 2017, era apreciable en la actividad de

---

<sup>322</sup> Violeta MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 296.

<sup>323</sup> Paso fronterizo es «todo paso habilitado por las autoridades competentes para cruzar las fronteras exteriores» (artículo 2, punto 8 CFS 2016).

<sup>324</sup> Sobre la distinción entre actividad jurídica y actividad material *vid.* Capítulo II, en relación con las potestades ejecutivas de naturaleza declarativa y las potestades ejecutivas de naturaleza material.

inspección una clara distinción entre los requisitos exigibles a los beneficiarios del derecho a la libre circulación<sup>325</sup> y a los nacionales de terceros países<sup>326</sup>. Mientras los primeros normalmente estaban sometidos a un régimen de inspección mínima a efectos de determinar su identidad (artículo 8.2 CFS 2016 en su redacción original)<sup>327</sup>, los segundos estaban sometidos a un régimen de inspección minuciosa (artículo 6 y antiguo artículo 8.3 CFS 2016)<sup>328</sup>. No obstante, como acertadamente apuntó ARLETTAZ «la cuestión de hasta qué punto es adecuado suponer que los beneficiarios de la libre circulación significan un riesgo menor para el orden y la seguridad públicos puede ser largamente discutida»<sup>329</sup>. Al respecto, por ejemplo, debe tenerse en cuenta el fenómeno

---

<sup>325</sup> De conformidad con el artículo 2, punto 5 CFS 2016: «Beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión Europea significa:

- a) los ciudadanos de la Unión según lo dispuesto en el artículo 20, apartado 1, del TFUE, así como los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;
- b) los nacionales de terceros países y los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, que, en virtud de acuerdos celebrados entre la Unión y sus Estados miembros, por una parte, y dichos terceros países, por otra, gocen de derechos en materia de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión».

<sup>326</sup> En virtud del artículo 2, punto 6 CFS 2016, nacional de un tercer país es «toda persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 20, apartado 1 del TFUE». Debe aclararse que, aunque los nacionales de Estados miembros que no pertenecen a la Unión Europea, aunque sí a Schengen, entrarían en esta definición de «nacional de un tercer país» (v.g.: nacionales suizos), nada de lo que se dice respecto a estos últimos en materia de control de fronteras les resulta de aplicación.

<sup>327</sup> Esta inspección mínima consistía «en la comprobación simple y rápida de la validez, en su caso utilizando dispositivos técnicos y consultando en las correspondientes bases de datos información relativa exclusivamente a documentos robados, sustraídos, perdidos o invalidados, del documento que autoriza a su titular legítimo el cruce de la frontera y de la existencia de indicios de falsificación o alteraciones» (artículo 8.2 CFS 2016 en su redacción original).

<sup>328</sup> De conformidad con el artículo 6 CFS 2016, a los nacionales de terceros Estados se les exigirá estar en posesión de un documento de viaje válido; estar en posesión de un visado válido; estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes; no estar inscrito como no admisible en el Sistema de Información Schengen (SIS) y no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros. En virtud del antiguo artículo 8.3 CFS 2016 «la inspección minuciosa a la entrada incluirá la comprobación de las condiciones de entrada indicadas en el artículo 6, apartado 1, así como, en su caso, la de los documentos que autoricen la estancia y el ejercicio de actividad profesional». Esto último implicará un examen detallado de los documentos aportados para el cruce de la frontera, un control minucioso de indicios de falsificación, el examen de los sellos de entrada y de salida estampados en el documento de viaje, el objeto de la estancia prevista y, si fuera necesario, el control de los documentos justificativos correspondientes, la comprobación de que el nacional de un tercer país interesado dispone de medios de subsistencia suficientes para la estancia prevista y adecuados a su duración y objeto o de que puede obtenerlos legalmente y la comprobación de que el nacional de un tercer país interesado, su medio de transporte y los objetos que transporta no se prestan a poner en peligro el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de alguno de los Estados miembros.

<sup>329</sup> Fernando ARLETTAZ, «Espacio Schengen: Un delicado balance entre fronteras interiores y fronteras exteriores», *Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza*, diciembre de 2015 [Disponible en: <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/espacio-schengen-un-delicado-balance-entre-fronteras-interiores-y-fronteras-exteriores.html> (Consultado por última vez el 18/07/2020)].

de los combatientes terroristas europeos que regresan a la Unión Europea tras recibir entrenamiento en Siria e Irak.

Este problema fue advertido por el Consejo, que realizó una invitación a la Comisión para que presentara una propuesta de revisión del Código Schengen que incluyera «un control sistemático de los nacionales de la UE, incluyendo la verificación de la información biométrica, en las bases de datos relevantes»<sup>330</sup>. El espíritu de la iniciativa parecía ser que los beneficiarios del derecho a la libre circulación tuvieran el mismo nivel de control (o uno parecido) que los no beneficiarios en lo que respecta al riesgo para el orden o la seguridad públicos. Finalmente, el 7 de marzo de 2017 el Consejo adoptó la propuesta de Reglamento de la Comisión por la que se modificaba el Código de Fronteras Schengen en este punto<sup>331</sup>. La modificación aprobada obliga a los Estados miembros a llevar a cabo controles sistemáticos, mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes, de todas las personas, incluidas aquellas que disfrutaban del derecho a la libre circulación conforme al Derecho de la Unión, que crucen sus fronteras exteriores [nuevo artículo 8.2.a) CFS 2016]. Los controles también deben permitir a los Estados miembros verificar que esas personas no representan una amenaza para el orden público, la seguridad interior o la salud pública [nuevo artículo 8.2.b) CFS 2016]. Debido a la introducción de estas modificaciones en el CFS 2016, las diferencias entre las inspecciones realizadas a los beneficiarios de la libre circulación [nuevo artículo 8.2 CFS 2016] y a los no beneficiarios [nuevo artículo 8.3 CFS 2016] se redujeron considerablemente.

Dado el objeto de este trabajo, conviene centrarse de ahora en adelante en las inspecciones realizadas a nacionales de terceros Estados o, mejor dicho, en sus consecuencias. En el caso de que estos cumplan los requisitos y condiciones establecidas en los artículos 6 y 8.3 CFS 2016, podrán entrar en el territorio de la Unión Europea de acuerdo con las condiciones aplicables a la finalidad concreta de su ingreso (trabajo, turismo, etc.). En caso contrario, se procederá a denegar su entrada de conformidad con

---

<sup>330</sup> Conclusiones del Consejo de la Unión Europea y de los Estados miembros reunidos en el Consejo en materia de lucha antiterrorista de 9 de noviembre de 2015.

<sup>331</sup> La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 562/2006 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la consulta de bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores, COM (2015) 670 final, derivó en la aprobación del Reglamento (UE) n.º 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores. El Reglamento cuenta con un único artículo que modifica la redacción originaria del artículo 8 CFS 2016.

lo dispuesto en el artículo 14 CFS 2016. Este último precepto aclara en su apartado primero que dicha denegación «no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional (...)». Por otra parte, en virtud de su apartado segundo, «solo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación. La resolución será adoptada por la autoridad habilitada en virtud del Derecho interno y surtirá efecto inmediatamente»<sup>332</sup>. Es precisamente la existencia de esta resolución uno de los factores (quizás el más importante) que permiten calificar las inspecciones fronterizas como actividad jurídica y no meramente material. De conformidad con el apartado tercero del mismo artículo, las personas a las que se deniegue la entrada tendrán derecho a recurrir dicha resolución de conformidad con los recursos habilitados en el Derecho interno.

Por ejemplo, en el caso de España, el procedimiento de denegación de entrada o retorno viene regulado por el artículo 26 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) y desarrollado por el artículo 15 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, RLOEx). En virtud de este último precepto, «Los funcionarios responsables del control denegarán la entrada en el territorio español a los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en este capítulo»<sup>333</sup>. Por su parte, la denegación de entrada se configura como una decisión administrativa cuya finalidad es denegar el acceso al territorio por parte de los extranjeros que, intentando ingresar por un puesto fronterizo habilitado, no reúnen los requisitos para la entrada. En aplicación del artículo 14.2 CFS 2016, el artículo 26 RLOEx establece que «(...) Dicha denegación se realizará mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo para hacerlo y el órgano ante el que deban formalizarse, así como de su derecho a la asistencia

---

<sup>332</sup> Y continúa disponiendo el precepto que «La resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de la denegación se entregará mediante un impreso normalizado, como el que figura en el anexo V, parte B, cumplimentado por la autoridad habilitada por el Derecho interno para denegar la entrada. El impreso normalizado se entregará al nacional del tercer país de que se trate, quien acusará recibo de la resolución de denegación de entrada por medio de dicho impreso» (artículo 14.2 CFS 2016).

<sup>333</sup> El precepto se refiere a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía situados en los puestos fronterizos habilitados para la entrada en España. Como ya adelantamos en el Capítulo II, este es el cuerpo nacional con competencias para «el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros» [artículo 12.1.A).b) LOFCSE] y «las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración» [artículo 12.1.A).c) LOFCSE].



letrada, que podrá ser de oficio en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes y, en su caso, de intérprete, que comenzará en el momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo».

Partiendo de la premisa de que el control fronterizo es aquella «actividad realizada en las *fronteras* (...) que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras» (artículo 2, punto 10 CFS 2016) y que las inspecciones fronterizas son «efectuadas en los *pasos fronterizos*» (artículo 2 punto 11 CFS 2016), cabría deducir, *a priori*, que las denegaciones de entrada únicamente podrían producirse en las fronteras de la Unión Europea enumeradas en el artículo 2, punto 2 CFS 2016<sup>334</sup>. Sin embargo, como ya sabemos, el modelo europeo de fronteras contempla la deslocalización de los controles de las fronteras exteriores. En el caso concreto de las inspecciones, «los Estados miembros podrán celebrar o mantener acuerdos bilaterales con terceros países vecinos por lo que respecta al establecimiento de pasos fronterizos comunes en los que los agentes de la guardia de fronteras del Estado miembro y los agentes de la guardia de fronteras del tercer país realicen inspecciones de entrada y de salida de forma sucesiva con arreglo a su legislación nacional en el territorio de la otra parte. Los pasos fronterizos comunes podrán estar situados o en el territorio del Estado miembro o en el territorio del tercer país» (punto 1.1.4.1 Anexo VI CFS 2016). Teniendo en cuenta la existencia de esta posibilidad, resulta importante destacar que, dado que el CFS 2016 dispone que «a los efectos del presente Reglamento, toda inspección efectuada por los guardas de fronteras de los Estados miembros en un paso fronterizo común situado en el territorio de un país tercero *se considerará efectuada en el territorio del Estado miembro afectado*» (apartado 1.1.4.3 Anexo VI CFS 2016), a las denegaciones de entrada efectuadas en un tercer país les son igualmente aplicables las garantías establecidas en el artículo 14 CFS 2016. En este sentido, puede afirmarse que la aplicación extraterritorial de este tipo de control no perjudica a los afectados por la medida.

De las características esenciales de las inspecciones fronterizas destacadas a lo largo de este epígrafe se desprende que nos encontramos ante una actividad administrativa

---

<sup>334</sup> En virtud del artículo 2, punto 2 CFS 2016, las fronteras exteriores de los Estados miembros son sus «fronteras terrestres (...), incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores». En relación con las fronteras marítimas cabe destacar que, en líneas generales y sobre la base del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, existe unanimidad en situarlas en la línea imaginaria situada a 12 millas de la costa que delimita el mar territorial de un determinado Estado. Sobre esta cuestión *vid.* Capítulo V.

de limitación (y de policía) considerablemente juridificada. Esta juridificación deriva de la exigencia de una resolución motivada, del carácter preceptivo de una notificación, de que se habiliten vías de recurso, asistencia letrada y de intérpretes. Todo ello rodea a las inspecciones fronterizas, incluidas las extraterritoriales, de un halo de seguridad jurídica y unas garantías que permiten preservar los derechos de aquellas personas que se vean afectadas por las mismas.

### 1.3 La vigilancia fronteriza en el Código de Fronteras Schengen

Dado que la vigilancia fronteriza constituye el objeto de esta investigación, su naturaleza jurídica y las potestades que le son inherentes serán cuestiones abordadas con detenimiento en sucesivos epígrafes de este Capítulo. Nuestra intención en esta sede es, simplemente, dejar constancia de lo que el legislador de la Unión entiende por vigilancia fronteriza y sus principales diferencias con la actividad de inspección.

#### 1.3.1 Un concepto poco clarificador

En virtud del artículo 2, punto 12, CFS 2016 la vigilancia fronteriza es la actividad realizada «entre los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas». Al contrario de lo que sucede con las inspecciones fronterizas, la regulación de la vigilancia en el CFS 2016 brilla por su ausencia, existiendo un único precepto que hace referencia a la misma en todo el Reglamento, el artículo 13. En el mismo, el legislador ha optado por definir la vigilancia a través de sus objetivos, disponiendo que «la vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente» (apartado primero), a lo que añade que las unidades de vigilancia patrullarán «con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera» (apartado cuarto). Pese a la vaguedad y amplitud de los objetivos citados, hay cierto consenso en entender que la vigilancia abarca dos tipos de medidas, sucesivas en el tiempo: las destinadas a prevenir o detectar el cruce no autorizado de las fronteras y aquellas otras de carácter coercitivo que los guardias de frontera están autorizados a aplicar contra las personas que han tratado de eludir las inspecciones<sup>335</sup>. Así lo entendieron el Abogado General MENGIOZZI, que afirmó que la

---

<sup>335</sup> Sobre esta dualidad de medidas de vigilancia fronteriza se hará especial hincapié con posterioridad.

vigilancia «no se limita a una actividad meramente pasiva»<sup>336</sup>, y el propio legislador de la Unión cuando dispuso que «la vigilancia de fronteras no se limita a la detección de los intentos de cruce no autorizado de las fronteras, sino que engloba también medidas positivas como la interceptación de embarcaciones sospechosas de intentar entrar en la Unión sin someterse a controles fronterizos (...)» [Considerando 1 del Reglamento Vigilancia Marítima]<sup>337</sup>. Así lo interpreta también QUINDIMIL LÓPEZ, según el cual la vigilancia «comprende medidas que van desde la detención hasta la disuasión, pasando por la detección y llegando a cubrir cualquier otro tipo de medidas»<sup>338</sup>. Poca más luz arroja el artículo 13 CFS 2016 sobre la vigilancia fronteriza, ya que el apartado 2 vuelve a reiterar los objetivos de la actividad, el apartado 3 contiene una tímida referencia a la vigencia del principio de proporcionalidad en este ámbito y el apartado 5 incluye una habilitación a la Comisión para adoptar actos delegados por lo que respecta a las medidas adicionales que regulan la vigilancia (potestad que, por cierto, no ha sido ejercida por la mencionada institución)<sup>339</sup>. Quizás pueda resultar de cierta utilidad en este sentido el apartado del Manual Schengen relativo a la vigilancia fronteriza, el cual enumera las principales tareas de las patrullas: «vigilar el terreno, asegurarse de que no existe ningún riesgo para el orden público y la seguridad interior en la zona asignada, comprobar los documentos de las personas que se encuentren en su área y no sean conocidas de la patrulla, inspeccionar a los sospechosos indocumentados y averiguar las razones de su presencia en la zona, detener y trasladar al puesto fronterizo más cercano a las personas que hayan cruzado o hayan intentado cruzar la frontera ilegalmente»<sup>340</sup>. No obstante,

---

<sup>336</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 53.

<sup>337</sup> La interceptación comprende todas aquellas actuaciones de vigilancia fronteriza adoptadas tras la detección de un intento de cruce irregular de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Las mismas serán analizadas con mayor detenimiento en epígrafes posteriores de este Capítulo.

<sup>338</sup> Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las Fronteras Marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 41, enero/abril 2012, p. 107.

<sup>339</sup> De conformidad con el artículo 13.2 CFS 2016 «La guardia de fronteras vigilará las fronteras con unidades fijas o móviles. La vigilancia se efectuará de tal manera que impida que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos y las disuada de hacerlo». Por su parte, el apartado 3 del mismo precepto establece que «La guardia de fronteras realizará la vigilancia entre los pasos fronterizos con efectivos y métodos adaptados a los riesgos y amenazas existentes o previstos, y cambiando con frecuencia y de manera inopinada la zona fronteriza vigilada de modo que el cruce no autorizado de la frontera constituya un riesgo permanente de detección». Por último, el apartado 5 dispone que «La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 37 por lo que respecta a las medidas adicionales que regulan la vigilancia». Sobre alguno de ellos volveremos con posterioridad.

<sup>340</sup> Recomendación de la Comisión por la que se establece un «Manual práctico para guardias de fronteras (Manual Schengen)» común destinado a las autoridades competentes de los Estados miembros encargadas del control fronterizo de personas [C (2006) 5186 final, de 6 de noviembre de 2006]. Desde su creación, el Manual se ha actualizado en numerosas ocasiones, adaptándose a las modificaciones producidas en el

conviene destacar que, al ser una Recomendación de la Comisión, el Manual Schengen no resulta vinculante para los Estados miembros.

### 1.3.2 Una actividad de naturaleza material

De las apreciaciones realizadas en el epígrafe anterior se deriva la complementariedad entre la actividad de inspección y la actividad de vigilancia fronteriza. Como adelantábamos, mientras la primera se lleva a cabo en los pasos fronterizos habilitados para canalizar la entrada regular de personas en el Espacio Schengen, la segunda se efectúa «entre los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos» para evitar que las personas se sustraigan de las inspecciones fronterizas y adoptar medidas contra quien haya entrado irregularmente (artículo 2, punto 12 CFS 2016). En este sentido, RYAN apunta que en el caso de la vigilancia el objetivo principal de la Administración no es tomar una decisión sobre si el individuo debe ser admitido en su territorio, lo cual corresponde a las inspecciones, sino evitar que los migrantes alcancen el territorio de manera irregular<sup>341</sup>.

De la distinta finalidad de ambas modalidades de control fronterizo se deriva su diferente naturaleza jurídica. Frente a la adecuación de las inspecciones a las características propias de la actividad jurídica de la Administración, al tener como resultado la adopción de un acto administrativo declarativo del cumplimiento o no de los requisitos de entrada, la vigilancia se presenta como una actividad eminentemente material, expresada únicamente mediante hechos o actuaciones. Entendemos que esta debe ser la conclusión si se tiene en cuenta que abarca (en primer lugar) medidas destinadas a la detección de los intentos de cruce irregular y (en segundo lugar) aquellas otras de tipo coercitivo contra las personas que tratan de sustraerse de las inspecciones realizadas en los puestos fronterizos habilitados. Sin embargo, la naturaleza material de la actividad de vigilancia no es óbice, como se comprobará con posterioridad, para que, al igual que las inspecciones, pueda afectar a la esfera jurídica de sus destinatarios, a sus derechos y libertades fundamentales; solo que, en lugar de hacerlo a través de actos administrativos, lo hace mediante simples actuaciones. Esta diferencia, por cierto, supone una complicación desde el punto de vista del control de su adecuación a Derecho.

---

Código de Fronteras Schengen: C (2010) 5559 final; C (2011) 3918 final; C (2012) 9330 final; C (2015) 3894 final y C (2018) 3658 final.

<sup>341</sup> Bernard RYAN, «Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?», en Bernard RYAN, Valsamis MITSILEGAS (Eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, p. 22.

### 1.3.3 Un espacio para la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros

La repercusión de la descompensada atención del legislador de la Unión a las dos actividades de control fronterizo en el CFS 2016 no es baladí. Como se apuntó en el Capítulo II, en el ámbito de las competencias compartidas (como es el caso de la Política en materia de control fronterizo), los Estados miembros pueden entrar a regular todo aquello que no haya sido abordado por el legislador de la Unión. Dado que, como apuntara el TJUE, el CFS «no contiene normas relativas a las medidas que los guardias de frontera están autorizados a aplicar contra las personas (...) en el momento de ser aprehendidas, como la aplicación de medidas coercitivas, la utilización de la fuerza de las armas o la remisión de las personas aprehendidas hacia un lugar determinado (...)»<sup>342</sup>, los Estados miembros tienen un amplio margen de maniobra en este ámbito, donde juega un rol esencial el principio de autonomía procedimental e institucional.

La opción por el principio de intervención mínima en materia de vigilancia fronteriza por parte del legislador de la Unión no es caprichosa. Según el AG MENGOZZI, «para que las medidas de vigilancia sean eficaces, como requiere el artículo 77 TFUE, apartado 1, letra b), éstas deben adaptarse al tipo de frontera de que se trate o al riesgo concreto de inmigración clandestina, que varía en función de múltiples factores (geográficos, económicos, geopolíticos, climáticos, etc.)». De ello se deriva que «el concepto de vigilancia debe entenderse en sentido dinámico y flexible y que la ventaja de las medidas que puedan resultar necesarias para lograr los objetivos contemplados en el artículo [13], apartado 1, del CFS es extremadamente amplio y variable»<sup>343</sup>. Es decir, parece que la intención del legislador es que los Estados miembros, partiendo de unas premisas básicas comúnmente acordadas, adapten el régimen jurídico de vigilancia fronteriza a las particularidades de sus respectivas fronteras y ordenamientos jurídicos.

Pese a ello, como comprobaremos a lo largo de este trabajo, algunos Estados miembros (como España), no han ejercido, o no lo suficientemente, la autonomía procedimental que les concede el Derecho de la Unión. Se han limitado en muchas ocasiones a aplicar directamente el artículo 13 CFS 2016 sin configurar un régimen jurídico específico en materia de vigilancia fronteriza en sus respectivos ordenamientos. Teniendo en cuenta la, en palabras del AG, dinamicidad y flexibilidad del concepto

---

<sup>342</sup> STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 73.

<sup>343</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 57.

trazado a nivel europeo, ello ha dado lugar a un fenómeno de dudosa legalidad. Si bien es cierto que, conforme al literal del CFS 2016, la vigilancia fronteriza comprende tanto medidas destinadas a «impedir el cruce no autorizado de la frontera» como aquellas otras adoptadas «contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente», no es menos cierto que el Manual Schengen establece que las unidades de vigilancia deben «detener y trasladar al puesto fronterizo más cercano a las personas que hayan cruzado o hayan intentado cruzar la frontera ilegalmente» [punto 2.3 e) Manual Schengen]. En principio, esta sería la medida coercitiva a adoptar tras la detección de un intento de cruce irregular, medida cuyas vicisitudes, de conformidad con el principio de autonomía procedimental, correspondería regular a los Estados miembros. Sin embargo, sucede que, careciendo el Manual Schengen de vinculatoriedad, aquellos han optado por interpretar el artículo 13 CFS 2016 como un *numerus apertus* que permite la adopción de cualquier medida contra las personas que han cruzado o pretenden cruzar ilegalmente la frontera. Si, como hemos adelantado, la vigilancia fronteriza comprendía dos tipos de medidas (preventivas y correctivas), digamos que, fruto de la aplicación nacional del artículo 13 CFS 2016, tanto las primeras como las segundas han experimentado una increíble expansión. A lo largo de este trabajo se podrá comprobar que tales medidas van desde la expulsión del mar territorial de los Estados miembros de los buques que han entrado irregularmente, la desviación de aquellos detectados en la zona contigua que pretenden entrar irregularmente, su remolque hacia aguas ajenas a la jurisdicción de un Estado miembro, la detención y conducción de las personas a bordo del buque a un tercer Estado, etc. Este modo de proceder, «que puede tener graves repercusiones en las libertades individuales y afectar al respeto de los derechos humanos, las obligaciones internacionales de los Estados miembros y las relaciones de éstos y de la Unión con terceros Estados»<sup>344</sup>, cuando se carece de un régimen jurídico específico es de dudosa viabilidad jurídica. Al respecto conviene traer a colación las palabras del TEDH en *Andreou v. Turquía* de 27 de octubre de 2009. En aquella ocasión el TEDH señaló que «las actuaciones no reguladas y arbitrarias de los agentes de los Estados son incompatibles con el respeto efectivo a los derechos humanos. Esto significa que, aunque estén autorizadas por el derecho nacional [en este caso Derecho de la Unión], las operaciones deben estar lo suficientemente

---

<sup>344</sup> *Ibidem*, ap. 31.

reguladas por este, dentro de un marco de garantías adecuadas y efectivas contra la arbitrariedad, el abuso de poder y los accidentes evitables» (ap. 50)<sup>345</sup>.

#### 1.3.4 La falta de desarrollo de garantías para los migrantes sometidos a la actividad de vigilancia

En el escenario configurado por el CFS 2016, el problema que ha generado la ausencia de regímenes jurídicos nacionales en materia de vigilancia es digno de análisis. Lo que en principio se había configurado como una actividad material complementaria a las inspecciones cuya concreción correspondería a los Estados miembros, ha pasado a convertirse en una modalidad de control fronterizo que, *de facto*, puede tener las mismas consecuencias que las inspecciones; concretamente, en lo que respecta a las medidas de vigilancia adoptadas tras la detección del intento de cruce irregular (aún no consumado). En este sentido, desde un punto de vista práctico, el resultado fáctico de una denegación de entrada realizada en un puesto fronterizo habilitado es el mismo que el derivado de desviar un buque que se encuentra en la zona contigua de un Estado miembro: la imposibilidad de entrar en el Espacio Schengen<sup>346</sup>. El problema es que, en el caso de las medidas de vigilancia, al contrario que en el caso de las inspecciones, no se ha desarrollado el régimen de garantías aplicable. Bien es cierto que el artículo 4 CFS 2016 dispone, con carácter general, que «En la aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros actuarán dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión aplicable, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), del Derecho Internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (...); de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales (...)». Ello quiere decir que, en la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016 (es decir, en la adopción de todas las medidas de vigilancia fronteriza), los Estados miembros están sometidos al Derecho de la Unión (incluida la CDFUE) y a los demás instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos de los que sean parte<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> STEDH de 27 de octubre de 2009, *Andreou c. Turquía*, as. 45653/99. La sentencia es la última de una serie de resoluciones que condenaron a Turquía por vulnerar el artículo 2 del CEDH (derecho a la vida) al disparar, desde la República Turca de Chipre del Norte, a manifestantes chipriotas situados en la *Buffer Zone* o zona de seguridad de las Naciones Unidas.

<sup>346</sup> Sobre la distinta delimitación de los espacios marítimos *vid.* Capítulo V. Baste ahora con señalar que, como hemos anticipado, la frontera exterior marítima de la Unión Europea se encuentra situada en el límite exterior del mar territorial, por lo que una embarcación que se encuentra en la zona contigua de un Estado miembro aún no ha entrado en el Espacio Schengen.

<sup>347</sup> En la misma línea, a nivel nacional, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (aplicable a las autoridades competentes en materia de vigilancia: Cuerpo Nacional de Policía y

No obstante, como afirma GOODWIN-GILL, «el problema no está en el reconocimiento de la protección del principio, sino en la ejecución de las normas, en convertir la protección legal en realidad en el momento de la ejecución»<sup>348</sup>. Por ello es esencial desarrollar las garantías previstas en el artículo 4 CFS 2016 y determinar su aplicación concreta a las medidas de vigilancia fronteriza, tanto preventivas como correctivas, tal y como opera el artículo 14 CFS 2016 en el caso de las inspecciones fronterizas. De hecho, la extensión de las garantías previstas por este último precepto a la vigilancia fronteriza ha sido objeto de controversia entre las Instituciones de la Unión Europea.

Según el Parlamento Europeo, «las personas que han entrado ilegalmente en las aguas territoriales y en las zonas contiguas no pueden ser expulsadas o invitadas a partir sin que se adopte una decisión en aplicación del artículo [14 CFS 2016]»<sup>349</sup>. En definitiva, a juicio del Parlamento, este tipo de situaciones exigía también la existencia de una denegación formal de entrada. Frente a esta interpretación, el Consejo y la Comisión entendían que el artículo 14 CFS 2016 no se aplicaba a las actividades de vigilancia de frontera (únicamente a las inspecciones fronterizas)<sup>350</sup>. Ante tal situación, y dada la relevancia del debate institucional, era necesario (y exigible) un pronunciamiento por parte del TJUE. Sin embargo, este no se produjo cuando tuvo oportunidad, y ello pese a que el AG, tras rechazar pronunciarse sobre esta «delicada cuestión del ámbito de aplicación del artículo [14 CFS 2016]», añadió que era un aspecto sobre el que «el Tribunal de Justicia deberá resolver con toda probabilidad en el futuro»<sup>351</sup>. El análisis pormenorizado de las prácticas nacionales en materia de vigilancia fronteriza realizado en el marco de esta investigación permite afirmar que el artículo 14 CFS 2016 no se aplica, a día de hoy, a esta modalidad de control fronterizo. Como consecuencia, tenemos medidas de naturaleza material que permiten a los Estados miembros impedir la entrada de personas a sus territorios sin que, ni el CFS 2016 ni sus respectivos ordenamientos jurídicos, hayan previsto explícitamente la afectación a las libertades individuales de las personas, a sus derechos fundamentales y a la posibilidad que tienen aquellas de invocar y obtener de la Unión la protección a la que eventualmente tengan derecho con arreglo a

---

Guardia Civil) establece que «Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente: a) Ejercer su función con *absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*» [artículo 5.1].

<sup>348</sup> Guy S. GOODWIN-GILL, «The right to seek asylum: Interdiction at sea and the principle of non refoulement», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, nº. 3, 2011, p. 443.

<sup>349</sup> STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 57.

<sup>350</sup> *Ibidem*, ap. 58.

<sup>351</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 70.



la normativa internacional. En este sentido, coincidimos con DEN HEIJER en que, a nivel europeo (y, conviene añadir, a nivel nacional), el acervo actual sobre control de fronteras y asilo no responde adecuadamente a la proliferación de las medidas de vigilancia<sup>352</sup>.

Continuando con el ejemplo de España, ni la LOEx ni ninguna otra ley del ordenamiento jurídico ha desarrollado las garantías aplicables en caso de denegaciones de entrada materiales en la frontera marítima. En la misma línea que el artículo 4 CFS 2016, a nivel nacional, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (aplicable a las autoridades competentes en materia de vigilancia: Guardia Civil) se limita a establecer, con carácter general, que «Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente: a) Ejercer su función con absoluto *respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*» [artículo 5.1]. Por ello entendemos necesaria la construcción de un régimen jurídico aplicable a la actividad de vigilancia fronteriza que sea compatible con el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas que sean objeto de tal actividad. Este es el principal objetivo de los Capítulos IV, V y VI.

### 1.3.5 Las consecuencias de la falta de regulación europea y nacional

La falta de desarrollo del régimen de garantías aplicable puesta de manifiesto en el epígrafe anterior convierte a estas actuaciones materiales en medidas de control fronterizo muy atractivas para impedir la entrada irregular de personas en el Espacio Schengen y, al mismo tiempo, evitar la llegada de solicitantes de protección internacional. La vigilancia fronteriza extraterritorial ilustra de forma esclarecedora este problema. Aunque la misma no haya sido contemplada explícitamente en el CFS 2016, es pacífico que tales actuaciones están implícitamente habilitadas por el Reglamento. Así lo entendió el AG MENDOZZI, según el cual «a falta de una definición expresa, debe considerarse que la vigilancia de fronteras se extiende también a las operaciones efectuadas en alta mar, dado que únicamente tal interpretación, que por otra parte resulta compatible con las disposiciones aplicables de Derecho Internacional, (...), permite garantizar la eficacia del artículo [13] CFS»<sup>353</sup>. En la misma línea se ha manifestado la Comisión hasta en dos ocasiones. En primer lugar, cuando apuntó que «ninguna de las disposiciones del CFS

---

<sup>352</sup> Maarten DEN HEIJER, «Europe beyond its borders: refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», cit., p. 197.

<sup>353</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 50.

excluye la aplicación de este último en las operaciones de vigilancia en aguas internacionales»<sup>354</sup> y, en segundo lugar, cuando argumentó que «las actividades de vigilancia fronteriza llevadas a cabo en el mar, ya sea en aguas territoriales, su zona contigua, la zona económica exclusiva o en alta mar, entran dentro del ámbito de aplicación del CFS»<sup>355</sup>. En, concreto, consideró que las actividades de policía de fronteras consistentes en evitar que unos individuos atravesasen de manera no autorizada la frontera marítima exterior se corresponden con la noción de «vigilancia fronteriza» del artículo 13 CFS 2016. A todo ello hay que añadir la específica previsión por parte del Reglamento, como ya hemos visto, de inspecciones fronterizas extraterritoriales (Anexo VI CFS 2016). Para la Comisión, este hecho confirma que «el ámbito de aplicación geográfica del CFS se extiende también a actividades realizadas fuera del territorio de los Estados miembros, siempre que éstas estén incluidas en el ámbito de aplicación de dicho acto, por ejemplo en el concepto de vigilancia»<sup>356</sup>. Sin embargo, la falta de una regulación análoga a la de las inspecciones extraterritoriales en materia de vigilancia tiene importantes consecuencias, sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de solicitar protección internacional.

El ámbito de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo es exclusivamente territorial, resultando de aplicación únicamente a «las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional» (artículo 3.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo). La aparente imposibilidad de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo en el caso de las inspecciones fronterizas extraterritoriales, como vimos en su momento, se subsanaba con la maniobra del legislador de la Unión plasmada en el Anexo VI CFS, conforme al cual «a los efectos del presente Reglamento, toda inspección efectuada por los guardas de fronteras de los Estados miembros en un paso fronterizo común situado en el territorio de un país tercero se considerará efectuada en el territorio del Estado miembro afectado» (apartado 1.1.4.3 Anexo VI CFS 2016). Esta ficción jurídica abre la puerta a la aplicación de la normativa nacional en materia de asilo en el ámbito concreto de la

---

<sup>354</sup> *Ibidem*, ap. 53.

<sup>355</sup> Dictamen Jurídico de 15 de julio de 2009 del Vice- Presidente de la Comisión Europea Jacques BARROT sobre la «devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes» [STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, ap. 39].

<sup>356</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 53.

inspección extraterritorial. No obstante, al no existir un precepto análogo al apartado 1.1.4.3 Anexo VI CFS 2016 en materia de vigilancia fronteriza extraterritorial, los derechos de los solicitantes de protección internacional que sean objeto de este tipo de medidas quedan absolutamente desprotegidos. Más aún si tenemos en cuenta que los ordenamientos jurídicos nacionales carecen de un régimen jurídico desarrollado en materia de vigilancia fronteriza.

## **2. EXCURSO SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LIMITACIÓN. EN ESPECIAL, LA ACTIVIDAD DE POLICÍA**

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, la vigilancia fronteriza se encuadra dentro de la actividad administrativa de limitación y, más concretamente, en la denominada actividad de policía. Aunque en sucesivos epígrafes se analizarán las potestades inherentes a la vigilancia fronteriza y las consecuencias que de ello se derivan, entendemos que para una adecuada comprensión de estas vicisitudes es necesario realizar, previamente, un somero análisis de las características esenciales de estas modalidades específicas de actividad administrativa.

### **2.1 La actividad administrativa de limitación**

#### **2.1.1 Concepto**

Tradicionalmente, ante la gran diversidad de fines encomendados a la Administración por el ordenamiento jurídico para satisfacer el interés general, la doctrina española ha distinguido distintos modos de consecución. Surge así una clasificación tripartita que diferencia entre la actividad administrativa de fomento, la actividad administrativa de servicio público y la actividad administrativa de limitación. A través de la primera, la Administración «orienta el comportamiento de los particulares por métodos persuasivos», como las subvenciones, para que los administrados actúen en beneficio del interés general. En el caso de la actividad de servicio público, el interés general viene representado por la satisfacción de ciertas necesidades del individuo, para cuya consecución la Administración suministra prestaciones a favor de los ciudadanos. Por último, al igual que en la actividad de fomento, en la actividad de limitación la

Administración también orienta las actividades privadas en beneficio del interés general, solo que en este caso utiliza métodos imperativos y coactivos<sup>357</sup>.

Centrándonos en la actividad de limitación, como hemos tenido ocasión de comprobar al esbozar su concepto en epígrafes previos, la utilización por parte de la Administración de métodos imperativos y coactivos pueden obedecer a tres finalidades distintas: imponer restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordenar imperativamente una determinada actividad con el fin de garantizar algún interés público; vigilar dicha actividad con el objeto de comprobar si se cumplen las mencionadas restricciones y, si, en suma, se adecuan a lo exigido por el interés público protegido y, por último, la adopción, ante eventuales incumplimientos, de medidas administrativas de reacción para restablecer la legalidad y la situación conforme al interés general<sup>358</sup>. En el epígrafe siguiente se analizará pormenorizadamente cómo el Derecho de la Unión y algunos ordenamientos jurídicos nacionales han abordado cada uno de estos aspectos en el ámbito concreto de la vigilancia fronteriza. Concretamente, prestaremos especial atención a la actividad administrativa de verificación del cumplimiento de deberes (segunda finalidad de la actividad de limitación) y a la adopción por parte de la Administración de medidas de reacción ante incumplimientos (tercera finalidad de la actividad de limitación), ambas comprendidas dentro del concepto de vigilancia fronteriza acuñado por el Derecho de la Unión.

#### 2.1.2 Vigencia del principio de legalidad y de las reservas constitucionales de ley

Antes de determinar cómo operan ambas instituciones en la actividad administrativa de limitación conviene distinguir, con carácter general, las implicaciones que para la Administración se derivan de la vigencia de estos principios, dada la tendencia a ser confundidas por parte de algún sector doctrinal.

##### *a) Las distintas restricciones que nacen para la Administración de la aplicación de estos principios*

En las Constituciones de los Estados suele haber preceptos que declaran el sometimiento de la Administración Pública a la ley<sup>359</sup>. De ello la doctrina ha extraído dos

---

<sup>357</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 2: La actividad administrativa», en Manuel REBOLLO PUIG (Coord.), *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 62 y 63.

<sup>358</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 19.

<sup>359</sup> Tal es el caso del artículo 103.1 CE, según el cual, la Administración pública actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»

consecuencias. La primera es que, con carácter general, la Administración (al igual que los ciudadanos) no puede contradecir el ordenamiento jurídico (vinculación negativa al ordenamiento jurídico). En segundo lugar, sucede que en determinados ámbitos (como el de la actividad administrativa de limitación) la vinculación al ordenamiento es más intensa, de forma que la Administración (al contrario que los ciudadanos) «no solo no puede vulnerarlo, sino que, además, solo puede hacer lo que le permite el ordenamiento o, incluso, más concretamente, que solo pueda hacer lo que le permitan las leyes» (vinculación positiva a la ley)<sup>360</sup>. Es en estos ámbitos donde rige para la Administración el principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva a la ley, de forma que la Administración «no puede, salvo que una ley le de potestad para ello, imponer a los sujetos privados deberes ni obligaciones ni prestaciones ni restringir ni interferir negativamente en su libertad genérica ni en su autonomía, ello aunque haya un interés general que lo justifique»<sup>361</sup>. En definitiva, tal y como sentenció el TC en su sentencia de 24 de julio de 1984 «(...) el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal». Pese a ello, en los casos de vigencia del principio de legalidad, es pacífica la admisión de reglamentos basados directa y exclusivamente en atribuciones legales genéricas.

En cuanto a la reserva constitucional de ley, esta puede interpretarse como un mandato del constituyente al legislador mediante el cual le encomienda la regulación en exclusiva de determinadas materias, como las que afectan a derechos y libertades de los ciudadanos o a las instituciones del Estado. Es, según REBOLLO PUIG, una «regla sobre fuentes del Derecho», según la cual determinadas regulaciones solo pueden hacerse por Ley, impidiendo a la Administración el ejercicio de su potestad reglamentaria<sup>362</sup>. Como consecuencia, en principio, en materias reservadas a la ley la Administración sólo podría dictar actos. Sin embargo, dado que el carácter general inherente a las disposiciones legales les impide regularlo todo, se ha terminado imponiendo la posibilidad de que la ley remita el desarrollo o pormenorización de su regulación a un reglamento<sup>363</sup>. De esta

---

<sup>360</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 5: El principio de legalidad administrativa», en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Coords.), *Derecho Administrativo. Tomo III Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 131.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>362</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Juridicidad, Legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991, p. 125.

<sup>363</sup> Como apuntara el TC «resultará en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias» (Sentencia 77/1985, de 27 de enero, FJ 14).

forma, en ámbitos reservados a la ley, en la práctica no se precluye por completo la existencia de reglamento, sino que se condiciona al cumplimiento de dos condiciones: que la ley contenga la regulación esencial de la materia<sup>364</sup> y que esta última contenga una habilitación o remisión específica al reglamento<sup>365</sup>. Dada la ambigüedad de la primera condición, conviene señalar que ha sido interpretada en el sentido de que «las reservas constitucionales suponen un mandato positivo al legislador de establecer la regulación de la materia, de perfilar directamente en sus rasgos fundamentales la solución jurídica de determinadas cuestiones. La reserva de ley supondría, así, para el legislador la exigencia de emanar una ley y de hacerlo con un determinado grado de concreción»<sup>366</sup>. En caso contrario, nos encontraríamos ante «una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador»<sup>367</sup>. En definitiva, en ámbitos reservados a la ley, quedan proscritas las denominadas autorizaciones en blanco a reglamentos.

Tras un estudio exhaustivo de los principios reproducidos, REBOLLO PUIG destaca magistralmente las diferentes restricciones que para la Administración nacen como consecuencia de su vigencia. Según el autor, «la vinculación positiva a la ley exige apoderamiento legal, no solo para dictar reglamentos, sino para cualquier actuación administrativa en los ámbitos a los que afecta; y se satisface con ese apoderamiento legal sin exigir que la ley regule más concretamente la materia. Por el contrario, las reservas de ley solo restringen la potestad reglamentaria, no las demás actuaciones de la Administración. E imponen a la ley, no un mero apoderamiento, sino una regulación material que contenga todo lo importante, de modo que solo remita al reglamento la pormenorización de los aspectos secundarios»<sup>368</sup>.

*b) Las consecuencias de la vigencia de estos principios en la actividad administrativa de limitación*

Además de suponer restricciones diferentes a la actividad de la Administración, el principio de legalidad y la reserva constitucional de ley operan en ámbitos diferentes. En lo que interesa a este trabajo, mientras la primera rige en aquellos casos en los que la Administración limita o interfiere la libertad de los ciudadanos<sup>369</sup>, la segunda opera en

---

<sup>364</sup> STC 3/1988, de 21 de enero (FJ 10), y 101/1988, de 8 de junio.

<sup>365</sup> STS de 30 de abril de 1988.

<sup>366</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Juridicidad, Legalidad (...)», cit., p. 145.

<sup>367</sup> STC de 24 de julio de 1984.

<sup>368</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 142.

<sup>369</sup> Nos referimos a la libertad genérica de los ciudadanos, consagrada en el artículo 1.1 CE («España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su

relación con los derechos fundamentales<sup>370</sup>. Dado el objeto de la actividad administrativa de limitación (orientar la actividad privada en beneficio del interés general mediante el empleo de medios imperativos y coactivos), en ella siempre rige el principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva a la ley, ya sea cuando la Administración impone deberes y restricciones, cuando vigila su cumplimiento o cuando reacciona frente a las posibles transgresiones. Al fin y al cabo, en todas estas situaciones se afecta a la libertad genérica de los administrados. Pero es que, adicionalmente, en determinados supuestos la actividad administrativa de limitación también afecta a algunos derechos especialmente protegidos por los ordenamientos jurídicos mediante la reserva de ley, limitando su contenido esencial. Piénsese, por ejemplo, en el registro de un domicilio con la finalidad de recabar información para comprobar el cumplimiento de un deber. En estos casos, a los efectos de la vinculación positiva a la ley se le sumarán los de las reservas de ley. Es decir, al quedar limitada la potestad reglamentaria, las leyes deberán regular más densamente la actividad administrativa de limitación en cuestión<sup>371</sup>.

### 2.1.3 Vigencia del principio de proporcionalidad

Dado que la actividad administrativa de limitación implica siempre una ponderación entre el interés general protegido por la Administración y la libertad genérica de los administrados (a la cual se suman, en ocasiones, sus derechos fundamentales), resulta esencial la vigencia en este ámbito del principio de proporcionalidad<sup>372</sup>. El principio de proporcionalidad precisa la realización de tres valoraciones distintas: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De forma sintetizada, la aplicación de tales principios a una medida de limitación concreta exige que la misma sea la más adecuada y congruente con el fin que se persigue, la menos restrictiva para el administrado y la que garantice un cierto equilibrio en la ponderación

---

ordenamiento jurídico la *libertad*, la justicia, la igualdad y el pluralismo político») y en el artículo 10.1 CE, en el que se proclama el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político.

<sup>370</sup> En el caso de la Constitución Española tales derechos se encuentran recogidos en el Capítulo II, Título I CE (artículos 14-38). En virtud del artículo 53.1 CE «(...) Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)».

<sup>371</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R FERNÁNDEZ señalan que «hay limitaciones que afectan a libertades públicas respecto de las cuales la exigencia de una normación habilitante de la ley y el principio restrictivo en cuanto a la extensión de los poderes administrativos resultan más enérgicos, porque en ningún caso tales limitaciones han de afectar al “contenido esencial” de la libertad» (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Pamplona, 2015, p. 115).

<sup>372</sup> Para RIVERO ORTEGA, la justificación de la actividad administrativa de limitación reside en la comprensión de la libertad como el derecho a hacer lo que no dañe a otro que preconizaba el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Ricardo RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 120). Precisamente, para que la libertad de algunos no perjudique a los intereses generales de la colectividad se justifica que el Estado actúe limitando la libertad de los primeros.

entre el interés general preservado y las libertades individuales afectadas<sup>373</sup>. No obstante, como se comprobará con posterioridad, el contenido de este principio sufre ciertas matizaciones en el contexto de la actividad de vigilancia fronteriza.

En el caso de actividades de limitación de naturaleza material (como la vigilancia), el principio de proporcionalidad juega un papel esencial para determinar la legalidad de la actuación, dada la inexistencia de declaraciones administrativas que precedan a la actuación en cuestión. Es decir, tal y como predica FERNÁNDEZ RAMOS para la actividad de inspección, la legalidad de las potestades de vigilancia está determinada en muchas ocasiones por su adecuación al principio de proporcionalidad, lo que dependerá de las circunstancias del caso concreto<sup>374</sup>.

#### 2.1.4 Instrumentos de la actividad administrativa de limitación

Ya hemos anticipado que la actividad administrativa de limitación puede ser desgarnada, de forma simplificada, en tres fases (imposición de deberes, verificación de su cumplimiento y reacción ante incumplimientos). Pues bien, dependiendo de en qué fase se encuentre la Administración, de cuál sea, en definitiva, la finalidad concreta perseguida por la actividad de limitación, se emplean distintos instrumentos.

El establecimiento de deberes se suele producir mediante reglamentos administrativos o mediante actos administrativos. En el primer caso nos encontramos en el contexto de materias en las que la ley confía parte de la regulación de la ordenación de las actividades privadas a los reglamentos. Por otra parte, también puede suceder que las restricciones, deberes y condiciones se impongan mediante actos administrativos, concretamente mediante órdenes preventivas. Estas últimas no tienen como presupuesto ningún incumplimiento previo e imponen un deber nuevo, determinando de manera individual (al contrario que el reglamento) cómo deben comportarse los particulares.

La vigilancia del cumplimiento de los deberes y restricciones impuestas, por su parte, no suele materializarse en declaraciones jurídicas, sino por medio de actuaciones

---

<sup>373</sup> De conformidad con el artículo 4.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) «Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida *menos restrictiva, motivar su necesidad* para la protección del interés público así como justificar su *adecuación para lograr los fines que se persiguen*, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias».

<sup>374</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. Régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002, p. 132.



materiales, como la observación. Ello no obsta a que determinadas actuaciones de vigilancia puedan estar procedimentalizadas (como la inspección tributaria). Sin embargo, esta no es la regla general, encontrándonos en la mayoría de los casos ante lo comúnmente denominado actividad técnica de la Administración.

Por último, en lo que respecta a las reacciones frente a los incumplimientos detectados, los instrumentos empleados son órdenes represivas mediante las cuales se compele al administrado al restablecimiento de la legalidad y la coacción directa. Esta última, como comprobaremos con posterioridad, es la norma general en el ámbito objeto de esta investigación.

## 2.2 La actividad administrativa de policía y sus peculiaridades

La vigilancia fronteriza contribuye a preservar la libre circulación de personas en el Espacio Schengen desde varias perspectivas. En primer lugar, al igual que las inspecciones fronterizas, impidiendo la entrada irregular de personas que, en sí mismas, supongan una amenaza para el orden público y la seguridad interior e incluso salud pública de los Estados miembros y, en segundo lugar, evitando los perjuicios que para el orden público puedan derivarse de la presencia y movimiento de personas sin identificar a lo largo del Espacio Schengen. De hecho, como quedó demostrado en el Capítulo I, cuando los Estados miembros consideran que la vigilancia fronteriza ejercida por sus vecinos es insuficiente, optan por restablecer los controles fronterizos interiores por motivos de seguridad y orden público, con los perjuicios que ello implica para la libre circulación. Como hemos adelantado, esta vinculación entre la vigilancia fronteriza y la preservación del orden público permiten encuadrarla dentro de la actividad administrativa de policía.

### 2.2.1 Concepto y caracteres generales

Dentro de la actividad administrativa de limitación, la policía tiene por fin evitar perturbaciones del orden público o, si éstas ya se han producido, evitar que continúen<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> Durante mucho tiempo, la actividad de policía era un sinónimo de actividad administrativa de limitación. Así se desprende de la clasificación de JORDANA DE POZAS, que la contraponía a la actividad de fomento y a la de servicio público, y a definición que de la misma daba RANELLETTI. El autor italiano conceptuaba la policía como «aquella actividad desarrollada en el campo de la Administración interna que se explicita limitando o regulando la actividad de las personas físicas o jurídicas, eventualmente, si es necesario, mediante la coacción, con la finalidad de proteger a toda la sociedad y sus partes, contra los daños que pudieran provenir de la actividad humana» (RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, en *Primo Trattato compl. Di Diritto amministrativo italiano*, Vol. IV, Milán, 1904, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, p. 155).

Su peculiaridad radica en «la tendencia a reconocer a la Administración en este terreno, solo en él y en ningún otro, todos los poderes imprescindibles -pero solo los imprescindibles- para realizar su fin o, más exactamente, para evitar que la actividad privada de los ciudadanos perturbe el orden público; y esos poderes incluyen precisamente los de imponer limitaciones a la libertad y derechos de los ciudadanos»<sup>376</sup>. No obstante, el reconocimiento de tales poderes, pese a la afectación que pueden suponer para los derechos y libertades de los ciudadanos por su especial extensión e intensidad, no se rige por las mismas reglas que el resto de la actividad administrativa de limitación en lo que respecta al principio de legalidad y la reserva de ley. Tal diferencia tiene su justificación en la singularidad del bien jurídico protegido por la actividad de limitación: el orden público. Sin orden público, afirma REBOLLO PUIG, «los demás intereses generales son de imposible realización efectiva y los ciudadanos no disfrutarán realmente ni siquiera de sus derechos fundamentales, que se convierten en una falacia»<sup>377</sup>.

### 2.2.2 El concepto de orden público

REBOLLO PUIG entiende por orden público un estado de hecho en el que «se dan las condiciones mínimas imprescindibles para la convivencia colectiva y para que los individuos, como miembros de la comunidad, puedan desarrollar su vida sin peligros, sin miedo, sin intranquilidad por los daños o molestias que les puedan causar los demás y las circunstancias sociales»<sup>378</sup>. Para llegar a tal conclusión el autor bebe de la doctrina alemana pues, al igual que MAYER, PUIG considera que existe un deber general de no perturbar el orden público, deber que, como comprobaremos a continuación, tiene tal entidad como para suponer una excepción al papel esencial de la ley en el contexto de la actividad administrativa de limitación<sup>379</sup>. Es precisamente esa excepción la que permite hablar de la singularidad de la actividad de policía.

---

<sup>376</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», en Francisco SOSA WAGNER (Coord.), *El derecho administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.1375.

<sup>377</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 31.

<sup>378</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección XII: La actividad de limitación», en Tomás CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo III, La actividad de las Administraciones Públicas, Volumen II: El contenido*, Iustel, Madrid, 2009, p. 21 y Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 28.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 33. Concretamente, «MAYER sostenía que el particular no puede perturbar con su conducta el buen orden de la comunidad en la que vive; al contrario, tiene la obligación social de no realizar tales perturbaciones (obligación natural del súbdito)» [Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN del original *Le droit administratif allemand* (1904), T.II, Buenos Aires, Depalma, 1982].

Como adelantamos en el Capítulo I, el concepto de orden público se descompone en una triada de elementos jurídicamente reconocibles entre los que se incluye la seguridad, la salubridad y la tranquilidad o comodidad públicas<sup>380</sup>. Sobre la vinculación entre estos elementos y el control de los flujos migratorios irregulares nos remitimos a las apreciaciones realizadas en el mencionado Capítulo en relación con el restablecimiento de controles fronterizos por motivos de orden público.

### 2.2.3 La relajación del principio de legalidad y de las reservas de ley

Del deber general de prohibición de alterar el orden público se desprende que es ilícita cualquier conducta que lo perturbe, «aunque no esté prohibida por ninguna norma»<sup>381</sup>. Como consecuencia, si se pueden calificar determinadas conductas como ilícitas sin que las leyes lo expliciten, es irremediablemente necesario reconocer a la Administración la posibilidad de ejercer potestades no previstas explícitamente en la ley si se quieren prevenir tales conductas. Este razonamiento es el que permite afirmar cierta flexibilización del principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva a la ley y de las reservas constitucionales de ley en el seno de la actividad administrativa de policía. Y ello pese a que nos encontramos, como hemos dicho, ante una modalidad concreta de actividad administrativa que afecta con gran frecuencia e intensidad a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En determinados momentos de la historia, la relajación del principio de legalidad en esta materia ha llevado a los gobernantes a utilizar amplias habilitaciones genéricas a las que han recurrido de manera claramente abusiva, lo cual ha provocado fervientes críticas en determinados sectores doctrinales<sup>382</sup>. Hoy día se argumenta que la actividad de policía se adapta con matizaciones y relajación al principio de legalidad, lo cual justifica la existencia de las llamadas cláusulas de orden público (o cláusulas de policía) y de competencias implícitas o inherentes a determinados fines.

---

<sup>380</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 28.

<sup>381</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 33.

<sup>382</sup> El Consejo de Estado francés llegó a afirmar que «corresponde al Jefe del Estado, al margen de toda delegación legislativa, y en virtud de sus propios poderes, la determinación de las medidas de policía que deben, en cualquier caso, aplicarse en todo el territorio» (*Arrêt Labonne*, de 8 de agosto de 1919, *apud* Manuel REBOLLO PUIG, «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», cit., p. 1376). Ferviente opositor de esta doctrina, RANELLETTI defendía que la policía es una actividad del Estado, un instituto positivo de administración cuya menor o mayor amplitud de contenido vendría establecida por la ley (RANELLETTI, «La polizia di sicurezza», cit., p. 271, *apud* José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», cit., p. 620).

Las cláusulas de orden público «son preceptos legales que describiendo con gran amplitud el supuesto de hecho (identificable con alteración del orden público) establecen con similar imprecisión la medida limitativa que podrá adoptar la Administración (la necesaria para combatir la alteración de que se trate)»<sup>383</sup>. Como comprobaremos con posterioridad, compatibilizar esta solución que habilita atribuciones genéricas a favor de la Administración con los requisitos consustanciales a la reserva de ley vistos con anterioridad (sobre todo, la necesidad de regular por ley el contenido esencial de las potestades administrativas) es harto difícil. Coincidimos con CARRO en que la cláusula de orden público no puede identificarse como una habilitación ilimitada a favor de la autoridad policial para tomar todo tipo de medidas cuando exista un peligro para el orden público, aunque discrepamos con él en la crítica que le merece la opción por el establecimiento de dichas cláusulas como habilitaciones generales subsidiarias y residuales para aquellos casos no cubiertos por las habilitaciones concretas<sup>384</sup>. Sobre esta cuestión volveremos con posterioridad.

Por lo que respecta a las competencias implícitas, se trataría de deducir de las normas la atribución de una potestad que está sobreentendida. En cuanto a las potestades inherentes, cabe entender que ciertas funciones atribuidas por el ordenamiento a la Administración comportan ineludiblemente algunas potestades que cabe considerar inherentes a aquellas<sup>385</sup>. Con ocasión del análisis en epígrafes sucesivos de las potestades de vigilancia fronteriza se hará referencia a algunos ejemplos de ambas modalidades.

---

<sup>383</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», cit., p. 32. Sirva como ejemplo el artículo 20.1 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición: «Cuando como consecuencia de los controles oficiales se ponga de manifiesto la posibilidad de que un alimento o pienso, producido en la Unión Europea o proveniente de un país tercero, constituya un riesgo grave para la salud de las personas o de los animales, y dicho riesgo no pueda controlarse convenientemente mediante las medidas establecidas por las autoridades competentes, la Administración General del Estado podrá adoptar, a iniciativa propia o a petición de las comunidades autónomas, *las medidas que estime convenientes*, notificando las mismas a la Comisión Europea». A este precepto le sería plenamente aplicable la afirmación de MERKL según la cual «si la policía debe responder a la misión de preservar los peligros, la ley hará bien en abandonar la regulación casuística de los peligros o de otros métodos eficaces contra ellos, limitándose a decretar normas discrecionales amplias y adecuadas» (Adolf MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1980, 1980, pp. 325-326, *apud* Manuel REBOLLO PUIG, «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», cit., p. 1395).

<sup>384</sup> José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», cit., p. 623.

<sup>385</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 5: El principio de legalidad administrativa», cit., p. 143.

### 3. DESGRANANDO EL CONCEPTO DE VIGILANCIA FRONTERIZA. UNA SOLA ACTIVIDAD CON DOS FINALIDADES DISTINTAS

Una vez analizada la incardinación de la vigilancia fronteriza dentro de la más general actividad de control fronterizo y detectadas sus principales diferencias con las inspecciones fronterizas, tras encuadrarla fundadamente dentro de la actividad administrativa de limitación y, más concretamente, de policía, nuestra intención en este epígrafe, a falta de un mayor desarrollo de la misma en el CFS 2016, es tratar de dilucidar qué finalidad o finalidades persigue. Entendemos que esta es una labor indispensable para comprender adecuadamente la naturaleza jurídica de esta actividad, sus caracteres generales y las potestades que le son inherentes.

#### 3.1 Algunas aclaraciones terminológicas previas sobre el concepto de vigilancia

El término vigilancia no tiene un significado unívoco, presentando distintas acepciones dependiendo de las normas que delimitan su régimen jurídico. Dada la pluralidad de normas de carácter nacional y supranacional existentes en este ámbito, la elaboración de una construcción jurídica de carácter general sobre la actividad se presenta como una tarea harto compleja. De hecho, la doctrina no es pacífica a la hora de conceptualizar la actividad de vigilancia.

Para algunos autores, la vigilancia es la mera observación de la realidad con la finalidad de obtener o recopilar información. Es el caso de RIVERO ORTEGA, que afirma que «entre las actividades administrativas de vigilancia u observación puede citarse, por ejemplo, la observación meteorológica, celeste o medioambiental»<sup>386</sup>. En la misma línea se encuentra SCHOENBORN, el cual defiende que la vigilancia se agota en el conocimiento sobre algo<sup>387</sup>.

En segundo lugar, hay autores para los que la vigilancia tiene una finalidad que va más allá de la mera obtención de información: la comprobación de la adecuación de la realidad a la legalidad. En algunas ocasiones esta vigilancia es despersonalizada, «al

---

<sup>386</sup> Ricardo RIVERO ORTEGA, *El estado vigilante*, cit., p. 71. Para fundamentar tan restrictiva concepción el autor se apoya en el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica, conforme al cual «son actividades propias de la vigilancia la recogida sistemática de la información epidemiológica, su análisis e interpretación y la difusión de sus resultados y recomendaciones» (artículo 3).

<sup>387</sup> W. SCHOENBORN, *Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsecht*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1906, *apud* Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch (Alternativa), Valencia, 2016, p. 92.

implicar una actividad genérica de observación de la realidad y su evolución para la comprobación de su adecuación o no a la legalidad sin más», desarrollándose al margen de una relación jurídico- administrativa concreta<sup>388</sup>. No obstante, en otras ocasiones la vigilancia puede implicar el ejercicio de determinadas potestades por parte de la Administración que pueden tener incidencia en la esfera de derechos e intereses de las personas, momento a partir del cual se convierte en vigilancia personalizada<sup>389</sup>. Esta postura dual es la defendida por PAREJO ALFONSO, que aclara que la vigilancia administrativa es irrelevante jurídicamente mientras consista solo en observar, constatar y, por tanto, adquirir conocimiento (despersonalizada), mutando únicamente cuando, además, incide en la libertad de las personas (personalizada), «solo en este caso se convierte en el ejercicio de una verdadera potestad»<sup>390</sup>. En nuestra opinión, la vigilancia es siempre una potestad administrativa, al existir en todo caso (incluidos aquellos que se limitan a la mera observación para constatar el cumplimiento de la legalidad) un deber de soportar por parte de los administrados. Ni que decir tiene cuando tal actividad conlleva el ejercicio de potestades más invasivas en la esfera jurídica de los administrados para comprobar el cumplimiento de un deber o condición legalmente establecida. En cualquier caso, independientemente de los concretos efectos jurídicos que puedan derivarse de cada potestad inherente a la vigilancia, esta segunda concepción es la más próxima al instrumento prototípico empleado para comprobar si se cumplen las restricciones o deberes impuestos por la normativa y, si, en suma, se adecuan a lo exigido por el interés público protegido: la inspección.

Una tercera concepción de la vigilancia (la más amplia), es aquella que comprende, además de la verificación del cumplimiento de deberes, prohibiciones y limitaciones (ya sea mediante la simple observación o mediante el ejercicio de potestades con incidencia en la libertad de los administrados), la adopción de medidas administrativas de reacción para restablecer la legalidad y la situación conforme al interés general. Esta amplia concepción de la vigilancia coincide con lo que FERNÁNDEZ RAMOS entiende por inspección, ya que afirma que esta última no se limita «a una mera función de vigilancia orientada a prevenir riesgos y daños, sino que debe activar y, en su caso, adoptar los mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la transgresión

---

<sup>388</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas*, cit., p. 211.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 203.

de la legalidad administrativa y, sobre todo, de restablecimiento del orden perturbado»<sup>391</sup>. Particularmente crítico con esta postura es IZQUIERDO CARRASCO, para el cual «la fiscalización (o inspección) consiste en verificar el cumplimiento normativo, lo que ocurra a partir de ahí ya no es fiscalización, sino que responde a otra naturaleza, contenido y fines»<sup>392</sup>. Pues bien, es precisamente esa amplia concepción de la vigilancia que, criticada por IZQUIERDO CARRASCO, abarca tanto la verificación del cumplimiento de los deberes como la reacción frente a los incumplimientos, la acogida por el legislador de la Unión Europea en el artículo 13 CFS 2016<sup>393</sup>.

### 3.2 El concepto dual de vigilancia fronteriza acogido por el Derecho de la Unión y sus consecuencias

Conviene recordar para la empresa que se va a abordar que la vigilancia fronteriza es definida en el CFS 2016 a través de sus objetivos. Objetivos que, de acuerdo con el artículo 13 CFS 2016, son esencialmente dos: impedir el cruce no autorizado de la frontera y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. Para la consecución de tales objetivos es necesario realizar dos actividades administrativas de distinta naturaleza: una preventiva, destinada a detectar los cruces no autorizados, y otra correctiva, con la finalidad de reaccionar frente a los incumplimientos o evitar que se lleguen a producir. Como consecuencia, en un mismo concepto se aúnan dos finalidades independientes propias de la actividad administrativa de limitación: la verificación del cumplimiento de los deberes destinados a ordenar una actividad y la

---

<sup>391</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección*, cit., p. 23.

<sup>392</sup> Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano», en Diego ZEGARRA VALDIVIA (Coord.), *La proyección del Derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, p. 400 y «La supervisión pública sobre las entidades bancarias», en Manuel REBOLLO PUIG (Coord.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, p. 176. En la misma línea REBOLLO PUIG, según el cual «con la inspección la Administración observa, examina, se informa, en suma, conoce la realidad, pero todavía no reacciona frente a eventuales ilegalidades» (Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», en J.J Díez SÁNCHEZ (Coord.), *Función Inspectora*, INAP, 2013, p. 58).

<sup>393</sup> No es la única norma que acoge esta concepción, siendo el caso también, por ejemplo, del artículo 239 la Ley n° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General de Perú, el cual define la actividad de fiscalización como «el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos». Encontramos un estudio pormenorizado de este precepto en Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa...», cit. El autor argumenta que con «gestión de riesgo» la norma pretende incluir dentro de las medidas de fiscalización las medidas correctivas.

reacción frente a los incumplimientos (consumados o en grado de tentativa). El razonamiento se trata de reflejar en la siguiente secuencia:

- Las personas afectadas por una concreta actividad de limitación solo lo son en la medida en que resultan obligadas a hacer algo y a hacerlo de una manera determinada<sup>394</sup>. De conformidad con el artículo 5 CFS 2016, las personas que pretenden cruzar las fronteras exteriores de la Unión Europea deben hacerlo a través de los puestos fronterizos habilitados a tal efecto. En este sentido, el mencionado precepto se corresponde con aquel primer aspecto de la actividad administrativa de limitación, mediante el cual se trata de ordenar la actividad de los ciudadanos mediante la imposición de deberes y condiciones para proteger un determinado interés general. En nuestro caso, la libre circulación en el Espacio Schengen.
- Vinculado con lo anterior, la vigilancia fronteriza es la actividad mediante la cual se trata de comprobar si las personas que han entrado o pretender entrar en la Unión Europea lo han hecho o lo van a hacer cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 5 CFS 2016. Haciendo un proceso de abstracción, ello se corresponde con el segundo aspecto de la actividad administrativa de limitación: la comprobación del cumplimiento de los deberes establecidos para una determinada actividad. Comprobación que puede tener, según la opinión del AG MENGIOZZI, una finalidad tanto preventiva como disuasoria y que se solo está supeditada «a la existencia de un riesgo concreto de elusión de los controles fronterizos»<sup>395</sup>.
- No obstante, el objetivo de «impedir el cruce no autorizado de la frontera» no solo precisa la comprobación o verificación del cumplimiento del mencionado deber, sino también la adopción, ante la constatación de eventuales incumplimientos o peligros de incumplimiento, de medidas administrativas de reacción. De ahí que el artículo 13.1 CFS incluya como objeto de la actividad «adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente»<sup>396</sup>. En nuestra opinión, el

---

<sup>394</sup> José BERMEJO VERA, «La administración inspectora», en Francisco SOSA WAGNER (Coord.) *El derecho administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1266.

<sup>395</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 58.

<sup>396</sup> En el mismo sentido, el apartado 4 del artículo 13 CFS 2016 establece que las unidades de vigilancia patrullarán «con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera». Según el AG MENGIOZZI, el artículo 13 CFS 2016, al enumerar entre los objetivos de la vigilancia la adopción contra quienes entren ilegalmente en el territorio de la Unión, «autoriza medidas que van más allá de una simple actividad de control de las fronteras» (Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 58).



precepto debería incluir al final «y contra aquellas que pretendan cruzarla», ya que, para impedir el cruce no autorizado de la frontera, también puede resultar necesario reaccionar frente a aquellos que todavía no han consumado el intento. Como apunta FERNÁNDEZ RAMOS, «lo verdaderamente relevante para la tutela de los intereses públicos afectados (...) debe ser el restablecimiento de la legalidad perturbada, promoviendo y, en su caso, adoptando aquellas *medidas precisas para evitar la consumación de la lesión de los intereses públicos o bienes jurídicos protegidos o, cuando ésta ya se ha producido, para detener el daño que se está causando a dichos bienes*»<sup>397</sup>. Este razonamiento trasladado a la vigilancia fronteriza tiene como consecuencia, como comprobaremos con posterioridad, que existan medidas de reacción preventivas y medidas de reacción correctivas<sup>398</sup>. Independientemente de lo anterior, volviendo a realizar un proceso de abstracción, este segundo aspecto de la vigilancia fronteriza se identificaría con la tercera fase de la actividad administrativa de limitación: la adopción de medidas administrativas de reacción para restablecer o garantizar la legalidad y la situación conforme al interés general.

- Conviene precisar una última cuestión a la cual ya hemos aludido con anterioridad: dado que el artículo 13.1 CFS 2016 culmina estableciendo que «Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE», en teoría, debe entenderse que la fase de la actividad de vigilancia fronteriza consistente en adoptar medidas de reacción contra aquellas personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente comienza con la aprehensión de dichas personas y culmina con su puesta a disposición de los guardias fronterizos desplegados en

---

<sup>397</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección...*, cit., p. 25. De la misma forma, REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO diferencian entre las potestades administrativas que posibilitan «reaccionar rápidamente para conseguir que no llegue a producirse la situación ilegal, peligrosa y perturbadora» y aquellas otras que, si ya se ha producido, permiten que «se restablezca lo antes posible la legalidad y se evite que [el riesgo] se perpetúe o se mantenga por más tiempo» [Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la inspección de consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1998, p. 52].

<sup>398</sup> También RANELLETTI distinguía (aunque de manera un tanto confusa y con una denominación poco ilustrativa) entre las medidas de reacción preventivas, para aquellos casos en los que la policía actúa para desbaratar la realización del ilícito (en nuestro caso, antes del cruce de la frontera exterior), y las medidas de reacción correctivas, las cuales exigen que se haya franqueado la barrera de lo permitido (en nuestro caso, tras haberse consumado el cruce no autorizado de la frontera). RANELLETTI, «La polizia di sicurezza», cit., pp. 314-375, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., pp. 156-158.

los puestos fronterizos habilitados. Esta es la única forma de comprobar que, efectivamente, «no tenga[n] derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate» (por ejemplo, por querer solicitar protección internacional) y puedan ser «sometida[s] a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE». Como anticipamos en epígrafes previos, así lo prevé el Manual Schengen cuando establece que es función de las unidades de vigilancia «detener y trasladar al puesto fronterizo más cercano a las personas que hayan cruzado o hayan intentado cruzar la frontera ilegalmente». Pese a ello, como se comprobará con posterioridad, las medidas de reacción correctivas llevadas a cabo en el contexto de la vigilancia fronteriza exceden bastante la mera aprehensión y conducción al puesto fronterizo más cercano.

Como resultado de estas apreciaciones podemos concluir que el concepto de vigilancia fronteriza es un concepto dual que responde a una finalidad dual. Por ello el legislador de la Unión lo ha abordado estableciendo sus objetivos, sin tratar de definirlo. La consecuencia más inmediata de este concepto y finalidad dual es que la vigilancia fronteriza se puede desdoblar en dos actividades distintas que, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, tienen una naturaleza jurídica distinta y suponen el ejercicio de potestades distintas. Más allá de estas concreciones, poco más se puede extraer del apartado primero del artículo 13 CFS 2016. Mantenemos que la opción legislativa de la intervención mínima en competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros es tan válida como otra cualquiera aunque, conviene advertir, ello implica la existencia de prácticas divergentes en los Estados miembros y, según algunos autores, un riesgo para la integridad y coherencia del régimen jurídico del control fronterizo en la Unión Europea<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Maarten DEN HEIJER, «How the Frontex Sea Borders Regulation avoids the hot potatoes» [submitted to the European Union Studies Association (EUSA) Biennial Conference 2015 (14th), March 4-7], Conference Proceedings, 2015 [Disponible en: <http://aei.pitt.edu/78991/> (Consultado por última vez el 31/08/2020)].

## **4. LA ACTIVIDAD DE DETECCIÓN COMO MODALIDAD DE VIGILANCIA FRONTERIZA**

### **4.1 Concepto y caracteres de la actividad de detección fronteriza. Sus semejanzas con la actividad de inspección**

En primer lugar (desde un punto de vista cronológico y funcional), enmarcadas en la actividad de vigilancia fronteriza se encuentran aquellas actuaciones de las autoridades competentes encaminadas a la prevención y detección de los cruces de frontera no autorizados mediante la observación y ejercicio de potestades ordenatorias y conformatorias en la frontera y sus inmediaciones. Es la llamada actividad administrativa de «Detección». Desde un punto de vista práctico se puede afirmar, dado su objeto, que representa distintas vías de obtención de información.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la vigilancia fronteriza en su fase de detección, podría discutirse si nos encontramos ante una actividad de vigilancia en sentido estricto o ante una actividad de inspección, considerada esta última como actividad llevada a cabo por la Administración mediante la cual «sin necesidad de procedimentalización alguna, examina o comprueba la actividad realizada por los administrados para verificar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos»<sup>400</sup>. A favor de la primera posibilidad se encontrarían aquellos autores que defienden la existencia de diferencias suficientes entre la inspección y la vigilancia como para considerarlas potestades independientes. El principal valedor de esta tesis es FERNÁNDEZ RAMOS, quien acepta que tanto la actividad de vigilancia policial como la inspección comparten ciertos aspectos, como la finalidad de vigilar el cumplimiento de la legalidad y la posibilidad de actuación directa o inmediata sobre la actividad objeto de control, pero considera que «el carácter técnico propio de la actividad inspectora, (...) de examen de conformidad de la actividad con requisitos, especificaciones, estándares y exigencias contenidas en normas de carácter predominantemente técnico, permite diferenciar la actividad de inspección propiamente dicha de la actividad de “vigilancia” que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, a los vigilantes de seguridad, ligada

---

<sup>400</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Coordinadores), *Derecho administrativo. Tomo III. Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 66.

fundamentalmente a la seguridad y al orden públicos»<sup>401</sup>. Ahora bien, aunque se asumiera como propio de la inspección su carácter técnico, en nuestra opinión, tal diferencia con la vigilancia (en el sentido dado en este trabajo) no justifica un tratamiento diferenciado de ambas potestades, sobre todo teniendo en cuenta la inabarcable lista de características que comparten y, muy especialmente, la identidad del régimen jurídico al que ambas potestades están sometidas.

Trasladando el concepto de inspección reproducido en el epígrafe anterior al ámbito objeto de estudio podría decirse que la actividad de detección es la inspección llevada a cabo por las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza con la finalidad de verificar el cumplimiento del deber consistente en cruzar las fronteras exteriores de la Unión por los puestos fronterizos habilitados al efecto (artículo 5 CFS 2016). Esta apuesta por la identidad entre la detección y la inspección administrativa se refuerza cuando se analizan los caracteres generales de la primera.

Al igual que la inspección, la detección es, en última instancia, un control de legalidad<sup>402</sup>. No obstante, como afirma FERNÁNDEZ RAMOS, «este enfoque no daría cuenta de su completa dimensión si se pasa por alto el hecho de que la potestad inspectora (...) desempeña un papel de primer orden como garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento cuya efectividad trata de asegurar»<sup>403</sup>. Bienes jurídicos que, en nuestro caso, son la libre circulación de personas en el Espacio Schengen, el orden público y la seguridad interior de los Estados miembros.

En segundo lugar, la detección es, como la inspección, consecuencia inmediata y directa de la sujeción de determinadas personas a las normas de un sector determinado. En concreto, la detección es el resultado del sometimiento de las personas que tratan de entrar a la Unión Europea a la normativa de control fronterizo. Dichas personas, al ejercer la actividad definida en el ámbito de aplicación de la norma (entrar en el Espacio Schengen), se convierten en sujetos inspeccionables.

Como se comprobará en el siguiente epígrafe, la detección (como la inspección) es una actividad administrativa auxiliar a otras. Es decir, de la misma forma que la

---

<sup>401</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección...*, cit., p. 72.

<sup>402</sup> En este sentido, José BERMEJO VERA, «La administración inspectora», cit., p. 1259; Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 66; y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección...*, cit., p. 12.

<sup>403</sup> Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección...*, cit., p. 13.

inspección precede a otras potestades como la sancionadora o la de restablecimiento de la legalidad, la detección es presupuesto para el ejercicio de la actividad de vigilancia consistente en reaccionar contra los cruces irregulares de la frontera. Necesariamente, antes de proceder a medidas de restablecimiento de la legalidad es imprescindible haber constatado su transgresión, lo cual tiene lugar mediante la detección. Adicionalmente, aunque no será objeto de análisis en este trabajo, la detección también puede auxiliar otro tipo de potestades administrativas independientes de la actividad administrativa de limitación, como puede ser la potestad sancionadora.

Aunque esta característica se comprenderá con mayor facilidad cuando se analicen las distintas actuaciones comprendidas dentro de la detección, conviene anticipar que nos encontramos (también como en la inspección) ante una actividad administrativa de naturaleza eminentemente material, rasgo extensible a toda la actividad de vigilancia. Sería complicado calificarla de otra manera teniendo en cuenta que nos movemos en el campo de la observación, examen o comprobación de actividades y que, en muchos casos, las actuaciones de las autoridades se manifiestan de forma verbal.

Adicionalmente, la detección también comparte con la inspección su consideración como potestad administrativa en la concepción dada por GARCÍA DE ENTERRÍA. IZQUIERDO CARRASCO resume, parafraseando a aquel y aplicando su construcción al ámbito propio de la inspección, que las potestades administrativas «no se generan en el seno de una relación jurídica, sino que nacen directamente del ordenamiento; no recaen sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tienen un carácter genérico y no consisten en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos»<sup>404</sup>. Conviene añadir que la detección, como la inspección, es una potestad administrativa que, como tendremos ocasión de constatar, tiene una gran incidencia sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de los sujetos sobre los que se ejerce.

Relacionado con lo anterior se encuentra el hecho de que, al suponer una afección a la esfera de libertad de los administrados, la detección, como la inspección, requiere una expresa habilitación legal. En aquellos casos en los que la detección no implique el ejercicio de potestades exorbitantes, como la mera observación, regirá el principio de

---

<sup>404</sup> Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa...», cit., pp. 412 y 413.

legalidad en su vertiente de vinculación positiva a la ley. Sin embargo, en aquellos otros casos que impliquen una afectación de los derechos fundamentales (que son la mayoría), a las exigencias derivadas del principio de legalidad deberán añadirse las propias de la reserva de ley (artículo 53.1 CE). Sin embargo, no podemos olvidar que nos encontramos en el contexto de la actividad administrativa de policía, con las matizaciones al principio de legalidad que ello implica. Por ello, dada su relevancia, entendemos que la habilitación legal de las potestades de detección debe ser estudiada de manera independiente en un epígrafe posterior.

#### 4.2 Las potestades inherentes a la actividad de detección

De forma sintetizada, puede afirmarse que la detección comprende todas aquellas medidas tendentes a prevenir y detectar los cruces de frontera no autorizados, ya sea mediante la simple observación de la realidad, ya sea mediante el ejercicio de potestades que inciden directamente en la esfera jurídica de las personas sometidas a detección. Atendiendo a la enumeración esbozada, las medidas de detección pueden ser clasificadas de la siguiente forma, dependiendo del método empleado por las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza para la obtención de la información:

##### 4.2.1 La actividad de detección mediante técnicas no limitativas de derechos

Con esa denominación nos referimos, en el ámbito concreto de la vigilancia, a la actividad genérica de observación de la realidad y su evolución para la comprobación de su adecuación o no a la legalidad, desarrollándose al margen de una relación jurídico-administrativa concreta. Corresponderían este tipo de actuaciones a la más simple, pura y clásica noción de vigilancia<sup>405</sup>. Frente a esta potestad administrativa, los ciudadanos tienen un simple deber de soportar. De hecho, al no suponer restricción alguna en su libertad genérica, puede incluso cuestionarse la necesidad de habilitación legal<sup>406</sup>. Como ejemplo de estas técnicas de detección no ablatorias en el ámbito objeto de estudio se puede citar el artículo 5.1 del Reglamento Vigilancia Marítima, en virtud del cual «Si las unidades participantes detectan un buque sospechoso de transportar personas eludiendo o pretendiendo eludir las inspecciones en los pasos fronterizos, o de estar involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, las unidades participantes procederán a una aproximación para determinar su identidad y nacionalidad y, a la espera de otras medidas,

---

<sup>405</sup> Según el Diccionario de la RAE, *vigilar* es «observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente».

<sup>406</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 68.

vigilarán dicho buque a una distancia prudente tomando todas las precauciones oportunas». En el caso de España, el ejercicio de esta actividad de detección viene facilitada por el SIVE, dispositivo operativo que, sobre un soporte técnico, como se apuntó en el Capítulo II, facilita la vigilancia de la franja de mar territorial español y su entorno mediante el empleo de radares, cámaras de infrarrojos y cámaras de espectro visible<sup>407</sup>. De la misma forma, en la frontera terrestre (vallas fronterizas de Ceuta y Melilla) se ha instalado un sistema de video vigilancia (con cámaras de infrarrojos) combinado con sensores de movimiento.

#### 4.2.2 La actividad de detección mediante técnicas limitativas de derechos

Este tipo de potestades se suelen ejercer con carácter posterior a la previa observación de la realidad. En aquellos casos en los que existan sospechas razonables de incumplimiento de la normativa de control fronterizo, las autoridades de vigilancia fronteriza proceden a efectuar otro tipo de actuaciones, entre las que se comprenden las siguientes:

##### *a) Potestades ordenatorias*

Para REBOLLO PUIG, las potestades ordenatorias «se canalizan a través de órdenes constitutivas de un nuevo deber, órdenes a las que las normas suelen aludir como requerimientos»<sup>408</sup>. Como reflejo de las mismas en el ámbito objeto de estudio se puede citar el artículo 6.1.a) Reglamento Vigilancia Marítima, el cual dispone que «cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones en los pasos fronterizos o que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, [las autoridades encargadas de la vigilancia

---

<sup>407</sup> En el caso del ordenamiento jurídico italiano cabe citar el artículo 4.1. *Decreto Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, conforme al cual «L'attività di sorveglianza, orientata sulla base delle informazioni e delle situazioni oggettive che caratterizzano il flusso migratorio via mare, si articola, di massima, su:

a) dati operativi integrati provenienti dalla rete radar costiera della Marina Militare e dagli analoghi dispositivi di "scoperta" delle altre Amministrazioni che effettuano vigilanza nella acque territoriali;

b) pattugliamento delle unità navali specificamente impiegate per tali attività;

c) sorveglianza coordinata a lungo raggio a mezzo velivoli di pattugliamento marittimo della Marina Militare e di aeromobili della Guardia di Finanza e del Corpo delle Capitanerie di Porto;

d) concorso eventuale di tutti gli altri assetti aeronavali della Marina Militare, della Guardia di Finanza, delle altre Forze di Polizia e delle Capitanerie di Porto che perseguono i fini istituzionali delle proprie Amministrazioni quali compiti primari;

e) valorizzazione delle informazioni provenienti da altri comandi operativi internazionali operanti nel bacino del Mediterraneo o da organismi di intelligence».

<sup>408</sup> El autor toma los términos y el grueso de los conceptos de J. L. VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pp. 207 a 209; *vid.* Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», *cit.*, p. 60.

pueden] a) solicitar información y documentación sobre la propiedad, la matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque, así como sobre la identidad, la nacionalidad y otros datos pertinentes de las personas a bordo» y, añade el apartado b), «interrogar a las personas que se encuentren a bordo»<sup>409</sup>. Del precepto se desprende que nos encontramos ante requerimientos de carácter verbal que exigen un cumplimiento inmediato. Como consecuencia, en contraposición a la mera observación de la realidad, en este caso sí que surge «un deber de hacer en el inspeccionado, que exige su colaboración activa y positiva»<sup>410</sup>. De esta injerencia en la esfera jurídica del sujeto detectado se deriva que se pueden producir limitaciones en su libertad genérica e, incluso, en sus derechos fundamentales. Nos referimos, en concreto, al derecho a la intimidad en el que, en un sentido amplio, puede considerarse incluida la protección de datos personales<sup>411</sup>. Más dudas existen sobre la vigencia en la inspección (en nuestro caso, detección) del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> En el ordenamiento jurídico español, el artículo 35.1 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima establece que «siempre que la Administración pública competente tenga conocimiento de que un buque extranjero situado en la zona contigua ha infringido, está infringiendo o se propone infringir las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 23, tendrá derecho a interceptarlo, *solicitar la información o realizar la inspección apropiada*».

Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano, en virtud del artículo 4 del *Protocollo tra il Ministero della difesa della Repubblica italiana e il Ministero della difesa albanese di attuazione dello Scambio di lettere relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania de 2 de abril de 1997* [el cual deriva del previo *Scambio di lettere tra i ministri degli affari esteri della Repubblica italiana e della Repubblica di Albania relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania* (Roma, 25 marzo 1997)], Albania se comprometía «*ad informare l'armatoria pubblica e privata di bandiera circa l'autorità conferita ai mezzi italiani di cui al precedente para. 1 di potere mettere in atto nei confronti del naviglio albanese, nelle acque territoriali albanesi e nelle acque internazionali, tutte le misure necessarie a garantire il controllo ed il contenimento del flusso di presone menzionate al punto 1. anche attraverso l'esecuzione di inchiesta di bandiera, fermo, visita (...)*». En concreto, «*Le attività di inchiesta di bandiera, (...) consistente nella richiesta di informazioni all'unità interessata, circa la sua nazionalità e quella del personale trasportato, la sua provenienza e destinazione. La richiesta è effettuata mediante l'impiego degli appropriati sistemi radio ricetrasmittenti in frequenza VHF. In mancanza di collegamento radio, la stessa richiesta è rivolta con mezzi acustici (megafoni/altoparlanti) avvicinandosi opportunamente all'unità da interrogare*».

<sup>410</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 77.

<sup>411</sup> Según REBOLLO PUIG, «para la Administración, a la hora de ejercer tales potestades, se acepta que no viola este derecho, aunque solicite datos que pertenezcan a la esfera más íntima, si tienen relevancia para el fin público perseguido y si se han respetado las exigencias de proporcionalidad y los requisitos establecidos por la ley», Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», cit., p. 81.

<sup>412</sup> Generalmente, «el derecho a no autoinculparse no exime de los deberes de información para con la inspección», según recuerda Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», cit., p. 96. No obstante, según el TJUE es necesario evitar que el derecho quede irremediabilmente dañado en los procedimientos de investigación previa [los cuales consideramos aquí equiparables a la inspección] (STJUE de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, as. 374/87, ap. 33). Así opina también FERNÁNDEZ RAMOS, según el cual «debe diferenciarse entre el requerimiento de exhibición de documentos de obligatoria tenencia y conservación según la legislación correspondiente y otros requerimientos de información. En el primer caso, admitir el



### b) Potestades conformativas

A diferencia de las potestades ordenatorias que, como su propio nombre indican, se caracterizan por la existencia de una orden (aunque sea verbal), las potestades conformativas, afirma REBOLLO PUIG, «permiten pasar directamente a la acción, de modo que el administrado solo tiene que dejar hacer, soportar; si acaso (...) facilitar esa acción de inspección»<sup>413</sup>. Son pura actividad material de la Administración, carentes de todo procedimiento en su ejercicio. No obstante, no son equiparables a la mera observación de la realidad (también pura actividad material), al poder afectar a la esfera jurídica de derechos y libertades de las personas detectadas. Entre estas últimas es necesario incluir, en el ámbito de la vigilancia marítima, el denominado derecho de visita<sup>414</sup>. Esta facultad asiste a los buques de Estado en alta mar cuando existan sospechas

---

derecho a no declararse culpable supondría vaciar de contenido tales deberes legales. En cambio, cuando se trata de exigir al sujeto responsable de la actividad objeto de inspección la prestación de determinadas informaciones o la exhibición de documentos que legalmente no está obligado a detentar, tales requerimientos, aun cuando son en principio lícitos si atañen exclusivamente a los aspectos de la actividad que son objeto de comprobación e investigación, sí tienen un límite infranqueable en el derecho a la no [auto]inculpación, es decir, cuando tales informaciones o documentos puedan constituir pruebas de cargo en un eventual procedimiento sancionador», Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección...*, cit., pp. 319 y 320.

<sup>413</sup> Entendemos aquí incluida la potestad de examen de la documentación requerida previamente «sobre la propiedad, la matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque, así como sobre la identidad, la nacionalidad y otros datos pertinentes de las personas a bordo» [artículo 6.1.a) Reglamento Vigilancia Marítima]. Una cosa es requerir la información y otra cosa distinta es examinarla.

<sup>414</sup> Sirvan como ejemplo las potestades recogidas en el artículo 6.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima: «cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones en los pasos fronterizos o que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, [las autoridades encargadas de la vigilancia pueden] b) detener, abordar y registrar el buque, su carga y las personas a bordo (...)»

En el mismo sentido, el artículo 4 del Protocolo ítalo-albanés de 1997 describe detalladamente, al igual que hacía con la solicitud de pabellón, las potestades de detención y visita o abordaje del buque detectado: «(b) *Fermo: all'unità interessata potrà essere ordinato, con le stesse modalità di cui al precedente punto a., il fermo (o l'assunzione di rotta e velocità adeguata) al fine di consentire l'invio a bordo, a mezzo di battello pneumatico o motobarca, di una squadra ispettiva armata agli ordini di un Ufficiale per la verifica dei dati comunicati e della eventuale presenza a bordo di persone di cui al punto 1., tenendo anche conto delle informazioni eventualmente disponibili, fornite dalle Capitanerie albanesi. (c) Visita: quando l'unità interessata si sarà fermata o avrà assunto la rotta e la velocità ordinata, la squadra ispettiva anzidetta salirà a bordo per compiere i necessari accertamenti documentali ed ispettivi al fine di verificare il suo eventuale coinvolgimento nel flusso di persone di cui al punto 1.*».

Con menos detalle que el Protocolo ítalo-albanés de 1997, el artículo 6.5 del Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde de 21 de febrero de 2008 (en adelante, Acuerdo España-Cabo Verde) contempla potestades de «fiscalización, visita o apresamiento».

El Protocolo de Palermo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 también contempla las facultades de visita y registro de embarcaciones. Concretamente, su artículo 8.2 dispone que «Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al Derecho Internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá notificarlo al Estado del pabellón, pedirle que confirme la matrícula y, si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá

de que otro buque está cometiendo determinados ilícitos o cuando carece de pabellón y comprende, en principio, simplemente la aproximación y abordaje de este último para efectuar una verificación del pabellón<sup>415</sup>. También podría considerarse incluida como medida de detección conformatoria el registro de un vehículo (como un camión o un coche) para comprobar si hay personas escondidas dentro que pretenden cruzar irregularmente la frontera exterior terrestre del Espacio Schengen.

Al igual que en el caso de las potestades ordenatorias, el ejercicio de las potestades enumeradas en este apartado también puede entrar en conflicto con determinados derechos fundamentales. Por ejemplo, la detención de un buque para proceder a su visita supone una limitación del derecho a la libertad deambulatoria, el cual rige en alta mar bajo el nombre de «derecho a la libertad de navegación». La posible afectación de los derechos fundamentales de los sujetos detectados tiene como consecuencia que entren nuevamente en juego el principio de legalidad y la reserva de ley, lo cual será analizado a continuación.

#### 4.3 La vigencia del principio de legalidad y de la reserva de ley en la actividad de detección

Como hemos podido comprobar en el epígrafe anterior, hay potestades anudadas a la actividad de detección que no implican el ejercicio de potestades exorbitantes y no suponen una restricción a la libertad genérica del ciudadano (v.g., la mera observación a distancia de una embarcación). Sin embargo, existen otras potestades, seguramente la mayoría, que sí que producen una afección a la esfera de libertad de los ciudadanos y a sus derechos fundamentales. En estos últimos casos rige siempre el principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva a la ley, el cual debe ser reforzado con los requisitos anudados a las reservas de ley cuando tales potestades entren en conflicto con derechos fundamentales (epígrafe 2.1.2 de este Capítulo). Como afirma REBOLLO PUIG, si bien es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos y, por tanto, tampoco

---

autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Visitar el buque; b) Registrar el buque; y c) Si se hallan pruebas de que el buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, adoptar medidas apropiadas con respecto al buque, así como a las personas y a la carga que se encuentren a bordo, conforme le haya autorizado el Estado del pabellón».

<sup>415</sup> Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, nº 2, p. 186, quien, no obstante, señala que otros autores entienden que el derecho de visita también permite la adopción de medidas de reacción en caso de confirmación de las sospechas, como es el caso de M. S. McDOUGAL y W. T. BURKE, *The public order of the oceans*, Yale University Press, New Haven/Londres, 1962. Sobre este último extremo volveremos con posterioridad. Asimismo, sobre el derecho de visita *vid.* Capítulo V.

lo son los límites que imponen a las potestades de inspección, sí que suponen un reforzamiento de la necesidad de habilitación legal<sup>416</sup>. Sin embargo, al mismo tiempo sucede que, al encontrarnos ante potestades propias de la actividad de policía, como adelantamos en el epígrafe 2.2.3 de este Capítulo, la vigencia de dichos principios se relaja, dando lugar al peculiar marco habilitador que a continuación analizaremos.

Para facilitar la exposición, dado que en el ámbito objeto de estudio el principio de legalidad viene reforzado generalmente con los requisitos inherentes a la reserva de ley (por la afectación a los derechos fundamentales de las personas detectadas), a continuación nos limitaremos a analizar la adecuación de los títulos habilitantes de la actividad administrativa de detección a la reserva de ley. Al fin y al cabo, si existe una adecuación a este último principio, debe entenderse que también se cumple el principio de legalidad.

#### 4.3.1 Habilitaciones en el Derecho de la Unión Europea

Como venimos adelantando, dada la falta de regulación a nivel nacional de la actividad administrativa de vigilancia fronteriza, las medidas de detección llevadas a cabo por los Estados miembros en muchas ocasiones son el resultado de una aplicación directa del artículo 13 CFS 2016. Por tanto, en primer lugar, conviene dilucidar si este último precepto puede constituir el título habilitante de las mencionadas medidas. En nuestra opinión, dado que el artículo 13 CFS 2016 establece los objetivos que deben guiar las actuaciones de la «guardia de fronteras» de los Estados miembros y, aunque sea tímidamente, la forma en que debe ejercerse la potestad de vigilancia, el precepto puede considerarse el principal y esencial título habilitante para el ejercicio, por parte de las Administraciones nacionales, de las potestades de vigilancia fronteriza en general y de la actividad de detección en particular<sup>417</sup>. Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que los Reglamentos de la Unión Europea (como el CFS 2016) son aplicables directamente en los Estados miembros.

Partiendo de la consideración de que el artículo 13 CFS 2016 constituye un título habilitante en el ámbito objeto de estudio, es necesario determinar si el Derecho de la

---

<sup>416</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», cit., p. 77.

<sup>417</sup> El artículo 13 CFS 2016, además de determinar los objetivos de la actividad administrativa de vigilancia, establece, aunque sea tímidamente, la forma en que deberá ejercerse esta potestad. Sirva como ejemplo el apartado cuarto del mencionado precepto, en virtud del cual «Se confiará la vigilancia a unidades fijas o móviles que cumplirán su misión *patrullando o situándose en puntos conocidos o que se consideren de riesgo, con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera*. Para la vigilancia podrá recurrirse asimismo a medios técnicos, incluidos los medios electrónicos».

Unión contempla la existencia de una reserva de ley en materia de vigilancia y cómo ha configurado esta especial protección<sup>418</sup>. Como sabemos, el artículo 77.2 TFUE establece que «el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a (...) b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores». En el ámbito del Derecho de la Unión, el Parlamento Europeo es la institución que encarna la voluntad popular, al ser «la asamblea de los representantes de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, elegida mediante sufragio universal [y] directo»<sup>419</sup>. Por ello, en nuestra opinión, respecto a las normas de derecho derivado, como el CFS 2016, que sean fruto de un procedimiento de aprobación en el que participe el Parlamento Europeo puede afirmarse que tienen una naturaleza equivalente a la de las leyes en los ordenamientos jurídicos nacionales. A este respecto, debe recordarse que, en el ordenamiento jurídico de la Unión no existen leyes como tal, existen actos legislativos que pueden adoptar la forma de Reglamentos, Directivas y Decisiones y que son fruto de un procedimiento legislativo ordinario o de un procedimiento legislativo especial (artículo 289 TFUE)<sup>420</sup>. Como consecuencia, en el Derecho de la Unión no cabe hablar de reserva de ley, sino que, en puridad, se trataría de una reserva de acto legislativo.

Dicho esto, dada la vigencia del principio de subsidiariedad, ya hemos tenido ocasión de explicar que el legislador europeo dio un amplio margen a la autonomía procedimental de los Estados miembros en el ámbito de la vigilancia fronteriza. Esta opción legislativa implica que el artículo 13 CFS 2016 no entre a concretar las distintas potestades de detección con que cuentan las autoridades encargadas de la vigilancia,

---

<sup>418</sup> Ello sin perjuicio de que el Derecho de la Unión también establezca una reserva de ley en materia de derechos fundamentales. Así, en virtud del artículo 52.1 CDFUE «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida *por la ley* y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades».

<sup>419</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 259.

<sup>420</sup> Podría afirmarse incluso que, en el ámbito del Derecho de la Unión, hay distintos grados de legitimidad democrática dentro de los actos legislativos según estos se aprueben mediante procedimiento legislativo ordinario o procedimiento legislativo especial. Mientras en el primer caso el Parlamento Europeo participaría, en pie de igualdad, con el Consejo en la adopción del acto en cuestión (artículo 289.1 TFUE), en el caso de los procedimientos legislativos especiales la adopción se lleva a cabo por el Parlamento, con participación del Consejo o por el Consejo, con participación del Parlamento (artículo 289.2 TFUE). Es concretamente en este último caso en el que la legitimidad democrática del acto legislativo podría ser más cuestionada. Aun así, a los efectos de este trabajo asumimos que todo acto derivado de un procedimiento legislativo, ordinario o especial, cumple la reserva de ley. Análogamente, a nivel nacional, los reglamentos de las cámaras legislativas (Congreso y Senado) se entiende que cumplen la reserva de ley, por ejemplo a efectos sancionadores, aunque en su aprobación no participen las dos cámaras legislativas de forma conjunta (STC 301/2005, de 21 de noviembre, STC 129/2006, de 24 de abril y, más recientemente, STC 78/2016 de 25 de abril).

limitándose simplemente a disponer que «La vigilancia se efectuará de tal manera que impida que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos y las disuada de hacerlo» (artículo 13.2 CFS 2015). A nuestro entender, cabe cuestionarse si esta genérica alusión a la forma en la que debe realizarse la vigilancia, sin regular los elementos esenciales, se adecúa a las exigencias de la reserva de acto legislativo<sup>421</sup>. Por ello es necesario que los Estados miembros en los que rija dicha reserva, en aplicación del principio de autonomía procedimental, regulen detalladamente la actividad administrativa de detección en normas con rango de ley.

Frente a la parquedad regulatoria del CFS 2016, el Reglamento Vigilancia Marítima contiene una sucinta enumeración de las potestades ligadas a la detección, lo cual resulta de gran utilidad, al menos en el ámbito marítimo. Es precisamente esta circunstancia la que nos ha incitado a utilizarlo como criterio para analizar dichas potestades en el epígrafe anterior. El problema es que el mencionado Reglamento no resulta de aplicación a las operaciones de vigilancia fronteriza nacionales, rigiendo únicamente en aquellas coordinadas por la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Ante la inactividad normativa de Estados miembros como España, quizás es el momento de que la Comisión ejerza su facultad de adoptar actos delegados que regulen medidas adicionales relativas a la vigilancia, posibilidad que contempla el artículo 13.5 CFS 2016, y concrete cuáles son las potestades de las que gozan los Estados miembros en el ejercicio de la actividad de detección que les encomienda el artículo 13 CFS.

#### 4.3.2 Habilitaciones en el Derecho Internacional

En el ámbito de la vigilancia fronteriza resultan de aplicación a un gran número de Estados miembros determinados convenios internacionales que, por el lugar que ocupan en los respectivos ordenamientos nacionales, siempre superior al de la ley, podrían postularse como títulos atributivos de potestades administrativas<sup>422</sup>. Nos

---

<sup>421</sup> Como señala FUENTETAJA PASTOR, «los elementos esenciales de una materia son el contenido propio de los actos legislativos» (Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «El poder ejecutivo europeo», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 18, 2010 (Ejemplar dedicado a: Sobre el tratado de Lisboa: algunas perspectivas críticas), p. 123. Pues bien, recordamos que el propio TJUE ha admitido que el CFS «no contiene normas relativas a las medidas que los guardias de frontera están autorizados a aplicar contra las personas (...) en el momento de ser aprehendidas, como la aplicación de medidas coercitivas, la utilización de la fuerza de las armas o la remisión de las personas aprehendidas hacia un lugar determinado (...)» (STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 73).

<sup>422</sup> Por ejemplo, en el caso concreto de España, «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los casos de (...) Tratados o convenios que afecten (...) a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I» (artículo 94.1 CE). Analizada la afectación a los derechos fundamentales de las potestades objeto de análisis, entendemos que los tratados y convenios ratificados por España a los que se va a hacer mención a

referimos a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (en adelante, CNUDM)<sup>423</sup> y al Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de 13 de diciembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (en adelante, Protocolo de Palermo)<sup>424</sup>. Sin embargo, la imposibilidad para los Estados miembros de aplicar directamente estos convenios internacionales cuando ejercen potestades de vigilancia (al contrario de lo que sucede con los Reglamentos del Derecho de la Unión), impide que los mismos puedan ser considerados como títulos habilitantes en dicho ámbito<sup>425</sup>. De hecho, normalmente, lo que encontramos son leyes nacionales que se remiten a su articulado para configurar, por remisión, las distintas potestades de detección<sup>426</sup>.

---

continuación cuentan con el consentimiento de las Cortes Generales, lo cual refuerza su consideración como título habilitante equiparable a la ley.

<sup>423</sup> El artículo 25.1 CNUDM dispone que «El Estado ribereño podrá tomar en su mar territorial las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente». El artículo 19.2 CNUDM excluye del paso inocente toda aquella travesía que sea perjudicial para «la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño (...)». Entre tales travesías la propia CNUDM incluye «El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño» [artículo 19.2.g) CNUDM]. En lo que respecta a la zona contigua, se contempla que el Estado ribereño «podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para: a) Prevenir las infracciones (...) de inmigración (...) que se cometan en su territorio o en su mar territorial» (artículo 33.1 CNUDM).

<sup>424</sup> La sospecha de tráfico ilícito de inmigrantes no está contemplada en la CNUDM como supuesto que habilita el ejercicio del derecho de visita en alta mar, motivo por el cual se aprobó el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de 13 de diciembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000. De conformidad con su artículo 8.7 «Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque (...)». En el caso de que el buque en cuestión sí enarbole pabellón, para el ejercicio de tales potestades será necesaria autorización del Estado de abanderamiento.

<sup>425</sup> Mientras que la Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, el Protocolo de Palermo lo hizo el 28 de enero de 2004. En cuanto a este último, ha sido ratificado por España (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003), Italia (12-12-2000) y Grecia (13-12-2000), entre otros Estados miembros de la Unión Europea, y por la propia Unión Europea mediante los siguientes instrumentos:

- Decisión 2006/616/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006, pp. 24-33).

- Decisión 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006, pp. 24-43).

<sup>426</sup> En virtud del artículo 48 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM), «Los derechos de persecución y de visita se ejercerán por las causas y en la forma en que se establecen en

Por otra parte, como se ha podido comprobar en el epígrafe 4.2.2 de este Capítulo, los Estados miembros han adoptado determinados acuerdos internacionales bilaterales con terceros Estados de origen y tránsito de flujos migratorios que prevén el ejercicio de potestades de detección<sup>427</sup> o que habilitan expresamente a otros acuerdos de rango inferior para regular detalladamente dichas potestades<sup>428</sup>. Al contrario que la CNUDM y el Protocolo de Palermo, del contenido de estos acuerdos bilaterales se desprende que los mismos resultan directamente aplicables por los Estados firmantes<sup>429</sup>. Como consecuencia, pueden considerarse títulos habilitantes de las potestades administrativas de detección que regulan.

Dada la posición jerárquica que ocupan estos acuerdos bilaterales en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, entendemos que los mismos, si tienen una densidad suficiente, respetarían las exigencias de la reserva de ley.

#### 4.3.3 Habilitaciones en el Derecho Nacional

Habiéndose cedido, por parte del Derecho de la Unión, un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para regular las potestades de detección necesarias para impedir el cruce no autorizado de las fronteras de la Unión, sería de esperar que los mismos hubieran aprobado leyes con tal finalidad. Sin embargo, las habilitaciones legales nacionales son escasas, aunque la situación no sea exactamente la misma en unos Estados miembros que en otros.

---

la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y demás convenios internacionales que resulten de aplicación».

<sup>427</sup> Como ejemplo se puede citar el Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde de 21 de febrero de 2008.

<sup>428</sup> Nos referimos, esencialmente, al *Scambio di lettere tra i ministri degli affari esteri della Repubblica italiana e della Repubblica di Albania relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania* (Roma, 25 marzo 1997). Según este canje de notas «*Le competenti Autorità dei due Paesi stabiliranno con un apposito protocollo il più presto possibile le necessarie procedure tecniche per mettere in pratica questa collaborazione nelle acque territoriali albanesi e internazionali*». Fruto es esta habilitación expresa se aprobó el Protocolo ítalo-albanés de 1997 que regula las medidas de detección que fueron objeto de análisis en el epígrafe 4.2.2 de este Capítulo.

<sup>429</sup> Así se desprende de preceptos de los acuerdos bilaterales que concretan las autoridades nacionales competentes en materia de vigilancia. Sirva como ejemplo el artículo 6.1 del Acuerdo España- Cabo Verde, en virtud del cual «Las áreas de vigilancia se acordarán entre el Centro de Operaciones en Cabo Verde y el Centro de Coordinación Regional de Canarias (...)», o el apartado 4 del mismo precepto, conforme al cual «Los medios aéreos y navales de la Parte española estarán bajo mando orgánico y táctico propio. Sus tripulaciones estarán formadas por sus propias dotaciones, que serán responsables del vuelo y navegación. Al menos un componente de la Guardia Costera caboverdiana irá siempre a bordo de las embarcaciones y aeronaves de la Parte española para facilitar la actuación operativa».

En el caso de España, en las leyes de carácter general, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), encontramos ciertos catálogos de potestades administrativas que la legislación sectorial podría atribuir. Así, en virtud del artículo 4.2 LRJSP, «Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, *comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias*». Y ello pese a que el artículo 18.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) dispone que «Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la *Ley que en cada caso resulte aplicable* (...)». Por ello REBOLLO PUIG, lejos de considerar el artículo 4.2 LRJSP como una habilitación general de todas las potestades de inspección necesarias para comprobar el cumplimiento de cualesquiera deberes sin necesidad de que las leyes sectoriales las establezcan más concretamente, considera que «el precepto debe entenderse con un alcance más reducido como una norma que encomienda con carácter general a las Administraciones una función inspectora sin contener una verdadera atribución de ninguna potestad concreta (...) para lo cual es necesaria una habilitación legal más específica»<sup>430</sup>.

Como se desprende de la cita de REBOLLO PUIG, en el Derecho español la normativa sectorial debe establecer las potestades de la correspondiente inspección y su extensión. De esta forma, «no es solo que la Administración cuente con las potestades de inspección que le confieran las normas con rango de ley, sino que cada rama de inspección tendrá las que le atribuya su correspondiente ley sectorial y en la medida y con la extensión con la que se le otorgue cada una de ellas»<sup>431</sup>. Sin embargo, la normativa sectorial en materia de extranjería e inmigración es una excepción a esta regla general, no existiendo una regulación de las potestades de detección en la LOEx (como sí sucede, por ejemplo, con su homóloga en el ordenamiento jurídico italiano). En España, estas carencias de la normativa sectorial se suelen cubrir con las potestades inherentes a las funciones propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y con habilitaciones

---

<sup>430</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», cit., p. 69.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 67.



generales. Respecto a las primeras, si el artículo 12.1.B.d) LOFCSE prevé que corresponde a la Guardia Civil «La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran» (lo cual debe ser interpretado en el sentido de que le corresponde el control de la inmigración irregular en este ámbito)<sup>432</sup>, podría entenderse que, para el cumplimiento de la misma, es necesario adoptar las medidas de detección que se consideren necesarias. En lo que respecta a las habilitaciones generales, el artículo 4.3 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOSC) establece que «La actividad de intervención se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana (...)». Dado que la detección es una actividad de intervención administrativa, entendemos que el precepto reproducido podrá considerarse título habilitante de esta actividad<sup>433</sup>.

Frente a la amplitud de los títulos habilitantes citados, en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM) sí se contemplan algunas medidas de detección específicas. En concreto, su artículo 35.1 establece que «Siempre que la Administración pública competente tenga conocimiento de que un buque extranjero situado en la zona contigua ha infringido, está infringiendo o se propone infringir las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 23 [entre los que se encuentran los de extranjería e inmigración], tendrá derecho a *interceptarlo, solicitar la información o realizar la inspección apropiada*». Pese a que el precepto reproducido puede salvar ciertas carencias de la normativa sectorial mencionada, nada concreta la LNM respecto a las potestades de detección ejercitables en el mar territorial. Por lo que respecta a alta mar, su artículo 48 se remite a la CNUDM y demás convenios internacionales que resulten de aplicación.

Considerablemente más adecuado y completo es el régimen legal vigente en el ordenamiento jurídico italiano en materia de detección. En primer lugar, porque es la normativa sectorial en materia de extranjería e inmigración la que se encarga de regular estas potestades. Concretamente, el Decreto Legislativo 25 de julio de 1998, n.º 286 por el que se aprueba el *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (en adelante, TUSM)

---

<sup>432</sup> Vid. Capítulo II.

<sup>433</sup> Eso sí, es necesario aclarar que el ámbito de aplicación de la LOSC se reduce al territorio español, por lo que esta cláusula de orden público únicamente podría habilitar las medidas de detección realizadas en el mar territorial.

establece que «*La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla [e] sottoporla ad inspezione (...)»* (artículo 12.9 *bis* TUSM). Adicionalmente, el artículo 12.9 *quater* del TUSM (el cual debemos entender enfocado a alta mar) establece que «*I poteri di cui al comma 9-bis possono essere esercitati al di fuori delle acque territoriali [y la zona contigua, contenida también en el 12.9 bis], oltre che da parte delle navi della Marina militare, anche da parte delle navi in servizio di polizia, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di una nave senza bandiera o con bandiera di convenienza*». Como puede observarse, el TUSM es más completo que la LNM, no tanto por la enumeración de las potestades ejercitables (que siguen siendo muy escasas) sino por contemplar su ejercicio también en el mar territorial. No obstante, la mayor ventaja que presenta el TUSM sobre la LNM es que contiene una habilitación expresa de Reglamento. En concreto, el artículo 12.9 *quinqüies* TUSM establece que «*Le modalità di intervento delle navi della Marina militare nonché quelle di raccordo con le attività svolte dalle altre unità navali in servizio di polizia sono definite con decreto interministeriale dei Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e delle infrastrutture e dei trasporti*».

En uso de esta habilitación, se aprobó, en concreto, el *Decreto Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina* (en adelante *Decreto 14 luglio 2003*). El Decreto delimita el ámbito de aplicación de la actividad de vigilancia fronteriza (*nei Paesi di origine dei flussi o interessati al transito, nelle acque territoriali, nella Zona contigua e nelle acque internazionali*), determina las autoridades competentes para su ejercicio dependiendo del espacio marítimo en cuestión (*Forze di Polizia, Corpo della Guardia di Finanza y Marina Militare*) y concreta algunas potestades de vigilancia (*monitoraggio, sorveglianza, pattugliamento, inchiesta di bandiera, visita a bordo, fermo delle navi sospettate di essere utilizzate nel trasporto di migranti clandestini y diritto di visita*).

En el caso hipotético de que el TUSM y el *Decreto 14 luglio 2003* resultaran aplicables en España, parece que nos encontraríamos ante una aplicación del principio de autonomía procedimental mucho más respetuosa con la reserva de ley que la actual. Recordamos que en España, ni la ley sectorial adecuada se encarga de la regulación, ni la

ley que lo hace lo lleva a cabo de forma adecuada ni existe una regulación reglamentaria complementaria.

#### 4.3.4 Conclusiones provisionales

Del análisis del marco regulador existente en el Derecho de la Unión, en el Derecho Internacional y, sobre todo, en los Derechos nacionales (especialmente en el ordenamiento jurídico español), resulta difícil extraer que en la actividad de detección fronteriza se cumplan las exigencias derivadas de la reserva de ley. En Estados miembros como España, donde parece que las potestades relativas a la detección se derivan de la aplicación directa del artículo 13 CFS 2016, de potestades inherentes a la vigilancia y de habilitaciones legales generales, al no existir una regulación legal lo suficientemente densa y sectorialmente adecuada (de hecho, ni siquiera existen reglamentos sectoriales aplicables), puede afirmarse que se ha llevado a cabo una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador en lo que respecta a la limitación de determinados derechos fundamentales. Esta deslegalización tiene graves perjuicios sobre los destinatarios de las medidas, ya que favorece la discrecionalidad de las autoridades de vigilancia fronteriza a la hora de ejercer las potestades inherentes a dicha actividad.

### **5. LA ACTIVIDAD DE INTERCEPTACIÓN COMO MODALIDAD DE VIGILANCIA FRONTERIZA**

Sabiendo que la actividad de vigilancia fronteriza tiene por finalidad tanto prevenir los cruces de frontera no autorizados como reaccionar frente a los mismos, y habiendo analizado pormenorizadamente en el epígrafe anterior la actividad y las potestades relativas a la prevención/detección, en este epígrafe nos centraremos en la fase de la vigilancia fronteriza que comprende la reacción frente a los cruces no autorizados, ya sea en grado de tentativa o los efectivamente consumados. Continuamos, por tanto, siguiendo la lógica de cualquier actividad de limitación: una vez estudiada la fase de comprobación o verificación de los deberes y condiciones exigibles a una determinada actividad, nos disponemos a abordar la fase de adopción, ante eventuales incumplimientos de esos deberes, de medidas administrativas de reacción para restablecer la legalidad y la situación conforme al interés general.

## 5.1 Concepto y caracteres de la actividad de interceptación fronteriza. Sus semejanzas con la coacción directa

Si como resultado de la actividad de detección se confirmaran los indicios o sospechas de que una persona o conjunto de personas pretenden cruzar o han cruzado irregularmente las fronteras exteriores de la Unión Europea, corresponderá a las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza la aplicación de las medidas de reacción necesarias para evitar el cruce no autorizado (en caso de que no se hubiera consumado aún) o para restablecer la legalidad (en caso de que el cruce no autorizado se hubiera llegado a producir). Independientemente de su finalidad concreta, ese conjunto de medidas de reacción que se producen, desde un punto de vista cronológico y funcional, con posterioridad a la actividad administrativa de detección, serán abordadas en este trabajo bajo la denominación de «actividad administrativa de interceptación»<sup>434</sup>.

En términos generales, una vez que la Administración constata a través de la inspección (lo que hemos denominado, en nuestro ámbito, actividad de detección) el incumplimiento de un determinado deber o la existencia de un riesgo para el interés público protegido, existen dos formas de reaccionar para corregir la ilegalidad. Con carácter general, cuando la Administración detecta un incumplimiento, lo normal será que esta última adopte una decisión declarativa dirigida al inspeccionado para que adecúe su comportamiento a la legalidad, lo cual requiere la tramitación de un procedimiento administrativo con la intervención de interesado, la notificación del acto o decisión y el otorgamiento de un plazo de cumplimiento voluntario. Si el administrado no corrige su conducta en dicho plazo, la mencionada decisión podrá ser objeto de ejecución forzosa. Sin embargo, excepcionalmente, la Administración también puede actuar directamente tratando de restituir la legalidad o evitar el riesgo para el interés protegido mediante el

---

<sup>434</sup> No obstante, conviene destacar que la interceptación no es un término unívoco en el ámbito objeto de este estudio. Para ACNUR, interceptación son «todas aquellas medidas aplicadas por un Estado fuera de su territorio nacional con el fin de prevenir, interrumpir o detener el movimiento de personas sin la documentación requerida a través de fronteras internacionales por tierra, aire o mar, rumbo al potencial país de destino», ACNUR, *La interceptación de solicitantes de asilo y refugiados: el marco internacional y recomendaciones para un enfoque integral*, EC/EC/50/SC/CRP.17, Resolución de 9 de junio de 2000 del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado. En el ámbito doctrinal, hay quien la define como «cualquier acción que evita que un buque continúe su curso hacia el territorio de un Estado», Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 207; mientras que otros, más restrictivamente, entienden que la interceptación se corresponde con lo que en este trabajo denominamos actividad de detección y que en una segunda fase se produciría la «desviación» o «redirección» del buque en cuestión a un tercer Estado, Seline TREVISANUT, «Which borders for the EU Immigration Policy? Protection for EU joint borders management», en Loïc AZOULAI y Karin DE VRIES, *EU Migration Law: Legal complexities and political rationalities*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 127.

empleo de la coacción sobre la realidad inspeccionada<sup>435</sup>. Esta segunda opción, comúnmente conocida como coacción directa, resulta de aplicación únicamente en situaciones en las que se requiere una rectificación inmediata de la situación porque el transcurso del tiempo necesario que comportase la vía ordinaria resultaría fatal por suponer, bien la continuación o agravamiento de la lesión de los intereses generales, bien la consumación del peligro que se pretende conjurar<sup>436</sup>. Es decir, nos encontramos ante «la coacción administrativa lanzada inmediatamente contra una situación de hecho contraria al orden, sin el intermedio de un acto administrativo previo, (...) por la necesidad de una reacción instantánea, que no permite el sistema normal de una decisión declarativa previa contraria al orden»<sup>437</sup>. Como apuntaba WOLFF, la urgencia es el motor de la coacción directa<sup>438</sup>. Pues bien, continuando con el paralelismo entre actividad administrativa de inspección y actividad administrativa de detección, dadas las circunstancias en las que se produce la actividad administrativa de interceptación en el ámbito objeto de estudio (caracterizada por la urgencia, la imprevisibilidad y la necesidad de actuar inmediatamente para evitar la perturbación del orden público), la misma puede encuadrarse dentro de la categoría de reacción ante incumplimientos y peligros inminente que representa la actividad de coacción directa. Es decir, de la misma forma que la detección era asimilable a la actividad de inspección administrativa, la interceptación se presenta como un conjunto de medidas correctivas que se podrían encuadrar en la figura de la coacción directa por los siguientes motivos.

---

<sup>435</sup> Según MERKL, la coacción inmediata (para nosotros coacción directa) consiste en que la autoridad administrativa «procura coactivamente una situación exigida por el derecho. Esta inmediata ejecución renuncia a todos los rodeos que representan los demás medios ejecutivos, en particular, la renuncia a actuar sobre la voluntad de los hombres, como esos otros medios, tratándolos, en cierta medida, como objetos, y buscando una manera inmediata, mediante la coacción, el fin perseguido», Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004 (Ed. de José Luis MORENO PÉREZ), p. 365.

<sup>436</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 86

<sup>437</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 829.

<sup>438</sup> J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, Beck, Munich, Berlín, 1967, p. 281, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 68. Ante la pregunta de por qué caracteriza la urgencia a la coacción directa AGIRREAZKUENAGA responde que «la razón es muy simple y estriba en el hecho de que, si bien lo normal es que la Administración actúe mediante actos que permitan a los particulares cumplir las obligaciones contraídas u ordenadas en un espacio de tiempo suficiente, excepcionalmente, hay ocasiones en que es precisa la rectificación inmediata de una situación dada con la máxima celeridad, sin que se disponga del tiempo indispensable para evitar por procedimientos ordinarios el peligro inminente, o en las que la necesidad de actuación viene determinada por las circunstancias excepcionales de facto a las que se enfrenta la Administración con carácter inmediato», Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., pp. 261 y 262.

En primer lugar, al igual que la coacción directa, la interceptación se caracteriza por la ausencia de un procedimiento administrativo formal y de actos administrativos declarativos previos; circunstancia que, como hemos motivado, se justifica por la urgencia con la que deben actuar las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza. El carácter imprevisible, espontáneo y veloz de los cruces no autorizados de las fronteras exteriores difícilmente se puede abordar por otra vía que no sea la coacción directa si se quiere garantizar eficaz y efectivamente los bienes jurídicos protegidos por el Código de Fronteras Schengen.

En segundo lugar, como la coacción directa, la interceptación comprende medidas de reacción no sancionadora ante incumplimientos de deberes o riesgos de lesión de determinados intereses públicos. Su finalidad, por tanto, no es castigar a la persona que cruza o pretende cruzar irregularmente la frontera, sino evitar la consumación de la lesión que dicho cruce supondría sobre el orden público y la libre circulación o, si la lesión ya se ha producido, detener o controlar el daño que se está causando a dichos bienes<sup>439</sup>.

En tercer lugar, otra de las características prototípicas de la interceptación, al igual que de la coacción directa, es el uso de la fuerza por parte de las autoridades competentes<sup>440</sup>. En este sentido, afirmaba RANELLETTI que «la actividad represiva presupone un estado de desorden actual que es preciso que sea combatido por la policía por medio del uso de la fuerza material con la finalidad de restablecer el orden (...)»<sup>441</sup>. Este uso de la fuerza, según GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, «no es un uso ciego, sino un uso reflexivo, que tiende racionalmente a la consecución de un fin, el restablecimiento del orden, la protección de las personas o cosas»<sup>442</sup>. La ausencia de procedimentalización y el empleo habitual de la fuerza permiten afirmar que la interceptación es una actividad administrativa de naturaleza estrictamente material, al igual que la coacción directa. Como ya adelantamos y como desarrollaremos por extenso

---

<sup>439</sup> Como afirma FERNÁNDEZ RAMOS, «es pacífico en la doctrina el criterio del carácter no sancionador de las medidas de reposición o restitución de la realidad física o jurídica vulnerada, debido a la diferente finalidad de unas medidas y otras, represora en el caso de las sanciones y de protección de la legalidad en el caso de las primeras», Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección*, cit., p. 26.

<sup>440</sup> Así lo defiende CARRO, para el cual «la coacción directa, desde un punto de vista estricto, se ha identificado con el uso de la fuerza o de las armas sobre las personas por los agentes de policía», José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», cit., p. 607.

<sup>441</sup> Oreste RANELLETTI, «La polizia di sicurezza», cit., pp. 314-375, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 158.

<sup>442</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 830.

más adelante en este mismo Capítulo, el hecho de que tanto la detección como la interceptación sean actividades materiales de la Administración hace de la vigilancia fronteriza una actividad especialmente difícil de fiscalizar.

Finalmente, la consideración de la vigilancia fronteriza como actividad administrativa de policía provoca, como hemos visto en el caso de la actividad de detección, una importante relajación del principio de legalidad y de la vigencia de la reserva de ley. Esta relajación alcanza su máxima expresión en la interceptación, motivo que justifica un análisis independiente y pormenorizado en otro epígrafe. Sobre todo, teniendo en cuenta el grado de afectación que a los derechos fundamentales de las personas interceptadas provoca la adopción de medidas tales como la privación de libertad.

La referida relajación extrema del principio de legalidad convierte en esencial la vigencia del principio de proporcionalidad en este ámbito. Por ello coincidimos con GÖTZ en que, en el contexto de la coacción directa, la proporcionalidad se erige como la limitación jurídica más significativa en la intervención de la Administración sobre los derechos de los ciudadanos<sup>443</sup>. En la misma línea se posiciona BOCANEGRA, para el cual la coacción «solo está justificada si se realiza dentro del marco jurídico de la Constitución y, muy particularmente, si se tienen en cuenta las exigencias del principio de proporcionalidad»<sup>444</sup>. En definitiva, como se comprobará en el epígrafe relativo al control de la actividad administrativa de interceptación, el juicio de proporcionalidad es la clave para determinar su adecuación al ordenamiento jurídico.

## 5.2 Las potestades inherentes a la actividad de interceptación

Como venimos adelantando, existen medidas de interceptación que tienen por finalidad reaccionar preventivamente frente a un peligro de cruce no autorizado de la frontera y otras cuyo objeto es impedir que los cruces no autorizados que ya se hayan producido continúen lesionando los bienes jurídicos protegidos por el Código de Fronteras Schengen. Respecto a las primeras es necesario destacar la dificultad de su tratamiento y aplicación, pues nos hallamos únicamente ante una mera posibilidad de

---

<sup>443</sup> Volkmar GÖTZ, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Göttingen, 1985, p. 120, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 72.

<sup>444</sup> Raúl BOCANEGRA SIERRA, «Lección 7: La coacción administrativa. Ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. La coacción directa», en Tomás CANO CAMPOS (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Vol. 3, Tomo 1, *La actividad de las administraciones públicas: la forma*, Iustel, Madrid, 2009, p. 225.

producción de una perturbación o daño para el orden público. Dado que la noción de peligro es un concepto jurídico indeterminado, para considerarlo habilitante de una determinada medida de reacción CARRO estima que se requiere que dicha posibilidad no sea lejana ni se base en criterios estrictamente personales. Por el contrario, el peligro debe interpretarse como una situación de hecho que con suficiente verosimilitud en un tiempo previsible engendraría un daño al orden público, siendo el resultado de un juicio de probabilidad basado en la experiencia y la práctica de las autoridades de policía<sup>445</sup>. Debe tenerse en cuenta que estas últimas, normalmente meras ejecutoras de actos administrativos en otros ámbitos, se convierten, dada la imprevisibilidad y urgencia de las situaciones objeto de análisis, en titulares de potestades deliberativas y ejecutivas<sup>446</sup>. Dichas potestades pueden clasificarse de la forma que se expone a continuación.

#### 5.2.1 Las intimaciones

Las intimaciones no pueden considerarse como coacción directa, al no suponer un empleo de la fuerza por parte de la Administración con la finalidad de restituir la legalidad o evitar un riesgo para el orden público. Sin embargo, al poder constituir la antesala de aquella, consideramos que conviene detenernos brevemente en ellas para tener una visión más comprensiva del objeto de estudio. Lo esencial en las intimaciones es la advertencia de la ilegalidad detectada y, en ocasiones, de las consecuencias que pueden acarrearle al administrado su comportamiento ilícito<sup>447</sup>. Como ejemplo de las mismas se puede citar el artículo 6 Reglamento Vigilancia Marítima, en virtud del cual «cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones en los pasos fronterizos o que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar (...) [las autoridades encargadas de la vigilancia pueden] solicitar información (...) *haciendo saber a las personas que se encuentren a bordo que podrían no ser autorizadas a cruzar la frontera* (...) [e] *informarles de que quienes dirigen el buque pueden ser sancionados por facilitar el viaje*». Como podemos apreciar, el precepto contempla que las autoridades encargadas de la vigilancia «inviten» a las personas detectadas que pretendan cruzar ilegalmente la frontera a modificar su situación y a acomodarse a la legalidad, advirtiéndoles de las consecuencias que puede acarrearles

---

<sup>445</sup> José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», cit., p. 622.

<sup>446</sup> Felio José BAUZÁ MARTORELL, *El uso de la fuerza en el derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2019, p. 40.

<sup>447</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., pp. 84 y 85.



el comportamiento ilícito, pero sin crear ningún deber nuevo ni concretar ningún deber previo existente.

### 5.2.2 Las órdenes verbales

En segundo lugar, la actividad administrativa de interceptación también comprende la imposición de obligaciones por medio de órdenes a las personas que pretenden cruzar o han cruzado irregularmente la frontera. Como ejemplo podemos citar el artículo 6.2 Reglamento Vigilancia Marítima, conforme al cual «De hallarse elementos probatorios que confirmen la sospecha (...) [las autoridades encargadas de la vigilancia pueden] b) *ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o de la zona contigua o dirigirse a un destino distinto*, inclusive escoltándolo o navegando junto a él hasta que se confirme que el buque se atiene a ese itinerario indicado»<sup>448</sup>. La naturaleza jurídica de este tipo de órdenes que preceden a la coacción directa en sentido estricto, que en el ejemplo reproducido vendría representada por la escolta (que en ocasiones también puede precisar un remolque) o navegación junto a un buque hasta que se confirme que se atiene al itinerario indicado, no es pacífica.

Para algunos autores estas órdenes constituirían actos administrativos no procedimentalizados<sup>449</sup>. Esta última característica permitiría diferenciarlos de los actos declarativos que constituyen los títulos habilitantes para una eventual ejecución forzosa. Es precisamente esa falta de procedimentalización, tanto en el acto como en la ejecución, la que provocaría que dicho sector doctrinal interpretara el precepto reproducido como una secuencia acto tácito-coacción directa como sustitutiva de la secuencia acto declarativo-ejecución forzosa<sup>450</sup>. Coincidimos con estos autores en que a toda actuación

---

<sup>448</sup> En el mismo sentido, las medidas contempladas en el artículo 7.2 b) Reglamento Vigilancia Marítima: «advertir y ordenar al buque que no entre en el mar territorial o en la zona contigua y, si fuera necesario, exigir al buque que cambie su rumbo hacia un destino que no sea el mar territorial o la zona contigua» y el artículo 4 del Protocolo italo-albanés de 1997, el cual define el *Dirottamento* como «nel caso in cui l'unità rifiutasse la visita o la verifica a bordo rivelasse irregolarità, alla stessa sarà ordinato il rientro in un porto albanese. *Qualora la medesima non ottemperi a quanto intimato, l'unità sarà scortata fino al limite delle acque territoriali italiane per essere consegnata alle competenti autorità di polizia per i successivi adempimenti di legge e quindi per la eventuale adozione di provvedimenti di sequestro, arresto e/o rimpatrio*».

<sup>449</sup> En esta línea, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 830, e Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 402.

<sup>450</sup> En concreto, para AGIRREAZKUENAGA, en este tipo de supuestos «la decisión puede mostrarse como orden verbal prohibitiva o de hacer inmediata, dirigida por la autoridad, ante una situación de hecho que exija una modificación que, si no fuera voluntaria, provocaría la aplicación de la coacción administrativa. Por tanto, se despliega una orden que concreta para el caso particular un deber contemplado previamente en el ordenamiento jurídico y que, a diferencia de las intimaciones, es técnicamente un acto constitutivo», Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 399.

le precede una decisión, e incluso que dicha decisión pueda tener la misma finalidad que los actos administrativos materializados en órdenes represivas, en el sentido de que pretenden reaccionar frente a una transgresión de deberes o prevenir que llegue a consumarse una lesión del orden público. Lo que no consideramos adecuado es calificar esta decisión previa (verbalización de una coacción posterior) como un acto administrativo. En nuestra opinión, en las situaciones objeto de análisis la orden que precede a la coacción física está tan íntimamente ligada a esta última que queda impregnada de sus caracteres jurídicos, sin que le sean predicables los rasgos propios de los actos administrativos<sup>451</sup>. Al fin y al cabo, son «órdenes verbales adoptadas sin procedimiento previo y de ejecución forzosa casi inmediata tras un brevísimo plazo de cumplimiento voluntario»<sup>452</sup>. Por ello, a nuestro entender, la secuencia que presenta el precepto reproducido es coacción directa (orden)-coacción directa (escolta, remolque o acompañamiento), en lugar de acto tácito-coacción directa. Esta diferencia no es baladí, plasmándose sus consecuencias jurídicas, por ejemplo, en el momento de la impugnación de la actuación. El considerar la orden verbal un acto administrativo o una actuación material hace variar el recurso contencioso-administrativo a disposición del interesado y, con ello, el régimen jurídico de la impugnación<sup>453</sup>.

### 5.2.3 La compulsión sobre las personas

La compulsión directa sobre las personas constituye la modalidad de actuación administrativa donde la coacción directa alcanza su máxima expresión, ya que se trata del

---

<sup>451</sup> Niegan también la precedencia de un acto administrativo en la coacción directa Hartmut MAURER, *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., p. 508; Raúl BOCANEGRA SIERRA, «Lección 7: la coacción administrativa...», cit., p. 224; Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987, pp. 339-342; y Javier BARCELONA LLOP, «El régimen jurídico de la policía de seguridad. Un estudio de derecho administrativo», IVAP, Oñati, 1988, pp. 218-221. LÓPEZ RAMÓN resume la posición de todos ellos cuando afirma que «la orden de ejecución dictada sin procedimiento para su cumplimiento instantáneo no se ajusta a los moldes propios del verdadero y específico acto administrativo, por muy ampliamente que estos se configuren» p. 340, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 399.

<sup>452</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., pp. 86 y 87. Estos autores, con los que coincidimos, distinguen dos tipos de coacción directa:

- «Órdenes (normalmente verbales) adoptadas sin procedimiento previo y ejecución forzosa casi inmediata, tras un brevísimo plazo de posible cumplimiento voluntario y
- Potestades de la Administración para actuar directamente y modificar el estado de las cosas creado por el particular que ha incumplido los deberes que le imponen las normas o de cuya conducta depende la superación de la situación de incumplimiento o de riesgo al interés público protegido».

<sup>453</sup> Desde que la LJCA contemplara el recurso contencioso administrativo contra la vía de hecho, como afirman REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, la consideración de las órdenes que preceden a la coacción directa como actos administrativos tácitos «ha perdido parte de su utilidad práctica», cual era la facilitación de su impugnación (Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 89).

empleo coactivo de la fuerza contra las personas. Como afirma PARADA VÁZQUEZ, esta modalidad de coacción comprende medidas de coerción muy variadas, que van desde el impedimento de progresar en un determinado camino o la entrada en un lugar hasta el desplazamiento físico de una persona o su inmovilización para privarla de su libertad e incluso la agresión física con armas de fuego<sup>454</sup>. En el ámbito objeto de estudio encontramos ejemplos prácticamente de todas ellas:

- Rechazar mediante el uso de la fuerza a las personas que pretendan cruzar irregularmente las fronteras (Disposición Adicional Décima de la LOEx)<sup>455</sup>.
- Escolta, acompañamiento o remolque de un buque para que se atenga al itinerario indicado tras una orden [artículo 6.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima]<sup>456</sup>.
- Apresar el buque y aprehender a las personas a bordo [artículo 6.2.a) y 7.2.a) Reglamento Vigilancia Marítima y artículo 6.5 Acuerdo España-Cabo Verde]<sup>457</sup>.
- Conducir al buque o a las personas a bordo hacia un Estado miembro [artículo 6.2.c) y 7.2.d) Reglamento Vigilancia Marítima]<sup>458</sup>.
- Conducir al buque o a las personas a bordo a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país

---

<sup>454</sup> Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa*, OPEN, Madrid, 2014, p. 92.

<sup>455</sup> En virtud de la DA 10ª LOEx «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera *podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*». Esta disposición será objeto de análisis pormenorizado en el Capítulo IV.

<sup>456</sup> Artículo 6.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima: «De hallarse elementos probatorios que confirmen la sospecha, el Estado miembro de acogida o un Estado miembro vecino participante podrá autorizar a las unidades participantes a que adopten una o varias de las siguientes medidas: (...) b) ordenar al buque que modifique su rumbo para salir (...) de la zona contigua o dirigirse a un destino distinto, *inclusive escoltándolo o navegando junto a él hasta que se confirme que el buque se atiene a ese itinerario indicado*».

<sup>457</sup> Artículo 6.2 a) Reglamento Vigilancia Marítima: «De hallarse elementos probatorios que confirmen la sospecha, el Estado miembro de acogida o un Estado miembro vecino participante podrá autorizar a las unidades participantes a que adopten una o varias de las siguientes medidas: a) apresar el buque y aprehender a las personas a bordo (...)». El Reglamento Vigilancia Marítima contempla la misma medida para los casos de interceptación en alta mar en su artículo 7.2 a).

Artículo 6.5 Acuerdo España-Cabo Verde: «Con excepción de las situaciones previstas en el Derecho Internacional, las intervenciones de (...) apresamiento, solamente podrán ser efectuadas por las autoridades caboverdianas o bajo su dirección».

<sup>458</sup> Artículo 6.2 c) Reglamento Vigilancia Marítima: «De hallarse elementos probatorios que confirmen la sospecha, el Estado miembro de acogida o un Estado miembro vecino participante podrá autorizar a las unidades participantes a que adopten una o varias de las siguientes medidas: (...) c) conducir al buque o a las personas a bordo hacia el Estado miembro ribereño con arreglo al plan operativo». El Reglamento Vigilancia Marítima contempla la misma medida para los casos de interceptación en alta mar en su artículo 7.2 d).

[artículo 7.2.c) Reglamento Vigilancia Marítima, artículo 4 Protocolo ítalo-albanés de 1997 y artículo 7.2 *Decreto 14 luglio 2003*]<sup>459</sup>.

### 5.3 La actividad de interceptación (preventiva) como denegación de entrada material

Algunas de las medidas de interceptación analizadas, como ordenar a un buque que modifique su rumbo para salir de la zona contigua, rechazar mediante el uso de la fuerza a las personas que pretendan cruzar irregularmente las fronteras terrestres, conducir al buque o a las personas detectadas en alta mar a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país, tienen los mismos efectos que las inspecciones fronterizas<sup>460</sup>. Al igual que en estas últimas, se produce una denegación de entrada en el Espacio Schengen por parte de las autoridades encargadas de la vigilancia que tiene como consecuencia la obligación de la persona interceptada de regresar al lugar desde donde ha partido. De esta forma, desde un punto de vista práctico, el intento de entrada irregular en el Espacio Schengen se convierte en un motivo de denegación de entrada material; motivo que, sin embargo, no está previsto en los artículos 5 y 6 CFS 2016 (los cuales establecen las condiciones de entrada en la Unión Europea)<sup>461</sup>. Es más, el artículo 5 CFS 2016 excepciona la regla de la entrada por los puestos fronterizos habilitados para «personas o grupos de personas, en el supuesto de que se dé alguna situación imprevista de emergencia». Piénsese, por ejemplo, en personas necesitadas de protección internacional, las cuales, de acuerdo con el régimen jurídico establecido a nivel nacional, pueden presentar sus solicitudes sin que la entrada irregular suponga ningún impedimento<sup>462</sup>. Sobre este aspecto volveremos con posterioridad.

---

<sup>459</sup> Artículo 4 del Protocolo ítalo-albanés de 1997: «*nel caso in cui l'unità rifiutasse la visita o la verifica a bordo rivelasse irregolarità, alla stessa sarà ordinato il rientro in un porto albanese. Qualora la medesima non ottemperi a quanto intimato, l'unità sarà scortata fino al limite delle acque territoriali italiane per essere consegnata alle competenti autorità di polizia per i successivi adempimenti di legge e quindi per la eventuale adozione di provvedimenti di sequestro, arresto e/o rimpatrio*».

El Artículo 7.2 *Decreto 14 luglio 2003* prevé que «*l'inchiesta di bandiera, [la] visita a bordo, qualora sussista un'adeguata cornice di sicurezza, ed [il] fermo delle navi sospettate di essere utilizzate nel trasporto di migranti clandestini*» pueden realizarse «*anche al fine di un loro possibile rinvio nei porti di provenienza*».

<sup>460</sup> De hecho, en sus Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, el Abogado General Paolo MENGOLZI expresó sus dudas sobre si «conducir el buque o las personas a bordo a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país» podrían considerarse medidas de vigilancia (ap. 59).

<sup>461</sup> Lisa HECHL, *Protecting the rights of refugees beyond European borders*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 167.

<sup>462</sup> De hecho, el artículo 3 CFS 2016 establece que «El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a: (...) b) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución».

En conclusión, la denegación de entrada en la Unión Europea puede producirse, no mediante un acto declarativo formal dictado sobre la base de no cumplir las condiciones de entrada reguladas en los artículos 5 y ss. CFS 2016, sino simplemente mediante una actuación material por intentar entrar irregularmente en el territorio de la Unión Europea. Además, dicha denegación de entrada (material) no solo se produce en la frontera, sino que, dada la posibilidad de desterritorializar las actuaciones de vigilancia fronteriza, también puede producirse a miles de kilómetros (o millas marinas) del Espacio Schengen. Por todo ello puede afirmarse que la ejecución del artículo 13 CFS 2016, tanto a nivel europeo como a nivel nacional, ha supuesto un importante cambio en la aplicación lógica de la norma sustantiva que regula las condiciones de entrada en el territorio de la Unión. El problema es que, como hemos adelantado, esta denegación de entrada material no ha ido acompañada de un desarrollo de las garantías aplicables en relación con el derecho de asilo y la normativa de protección de los derechos humanos, como el principio de no devolución.

El resultado son unas denegaciones materiales de entrada, generalmente poco reguladas y, en ocasiones, extraterritoriales que tienen importantes consecuencias sobre los derechos fundamentales de las personas interceptadas<sup>463</sup>. Así lo expresó el TJUE cuando defendió que «unas disposiciones que otorgan poderes de autoridad pública a los guardias de frontera, como (...) el arresto de las personas aprehendidas, el apresamiento del buque y el reenvío de las personas aprehendidas hacia un lugar determinado, *afectan de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que hace necesaria la intervención del legislador de la Unión*»<sup>464</sup>. Con este escenario, a nuestro

---

<sup>463</sup> De la general falta de regulación de las garantías aplicables frente a las interceptaciones es necesario excluir el Reglamento Vigilancia Marítima. De conformidad con su artículo 4.3 «Durante la operación marítima, antes de que las personas interceptadas o rescatadas sean desembarcadas, obligadas a entrar en un tercer país, conducidas o entregadas de algún otro modo a las autoridades de un tercer país y teniendo en cuenta la evaluación de la situación general en ese tercer país, de conformidad con el apartado 2, las unidades participantes deberán, sin perjuicio del artículo 3, utilizar todos los medios para identificar a las personas interceptadas o rescatadas, evaluar sus circunstancias personales, informarles de su destino de una manera que las personas comprendan, o sea razonable presumir que comprenden y darles la oportunidad de expresar las razones para creer que el desembarco en el lugar propuesto representaría un incumplimiento del principio de no devolución». No obstante, como hemos señalado, este artículo no resulta de aplicación a las operaciones de vigilancia nacionales, sino únicamente a las coordinadas por la Agencia GEFC. Tanto este Reglamento Vigilancia Marítima en general, como el precepto reproducido en particular serán objeto de análisis en el Capítulo VIII.

<sup>464</sup> STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 77. En la misma línea se había manifestado previamente el Abogado General Paolo MENGIOZZI, según el cual «Al establecer instrumentos de control de las fronteras exteriores y de lucha contra la inmigración clandestina, el legislador de la Unión debe llevar a cabo elecciones delicadas, que pueden tener graves repercusiones en las libertades individuales y afectar al respeto de los derechos humanos (...)», Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 31.

entender, existen motivos suficientes para tratar de construir un régimen jurídico aplicable a las potestades de vigilancia fronteriza, el modo en que deben ejercerse y los límites que deben respetar, tarea que será abordada a partir del Capítulo IV de esta investigación.

#### 5.4 La actividad de interceptación (correctiva) como sustitutiva de los procedimientos en materia de extranjería

Como queda demostrado, las medidas de vigilancia que los Estados miembros (y las instituciones de la Unión) han entendido cubiertas por el mandato de vigilancia del artículo 13 CFS 2016 son muy atractivas para lograr impedir la entrada irregular de personas en sus respectivos territorios por no estar sometidos (aparentemente) a un régimen de garantías muy estricto. Tan atractivas que en ocasiones han llegado incluso a sustituir a los procedimientos que deben adoptarse con respecto a los nacionales de terceros Estados que han consumado la entrada irregular y a los que, de conformidad con el propio artículo 13.1 CFS 2016, corresponde su detención y sometimiento a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva Retorno)<sup>465</sup>.

Si algo se desprende de forma clara del artículo 13 CFS 2016 es que la autonomía procedimental cedida para regular la actividad de vigilancia acaba cuando se consuma la entrada irregular, momento a partir del cual se activa la Directiva Retorno. Como consecuencia, no se puede considerar conforme a Derecho la adopción de medidas de vigilancia destinadas *a impedir la entrada irregular* (como es la desviación de un buque que se encuentra en la zona contigua, sin haber traspasado todavía la frontera marítima), a personas que *ya se encuentran en territorio Schengen* (continuando con el ejemplo, la embarcación se encontraría ya en el mar territorial). En el caso de España, por ejemplo, en este tipo de situaciones debería aplicarse el procedimiento de devolución previsto en la LOEx, el cual corresponde adoptar respecto a «(...) los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones (...)» (artículo 23.1 RLOEx). El procedimiento requiere de la observancia de las garantías recogidas en el artículo 23.3

---

<sup>465</sup> En virtud del artículo 13.1 CFS 2016 «(...) Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE».

RLOEx: resolución motivada por escrito, asistencia jurídica y de intérprete (gratuitas en caso de insuficiencia de medios económicos), posibilidad de interponer recursos administrativo y contencioso-administrativo contra la resolución de devolución, así como la suspensión de la misma en determinados casos (como la solicitud de protección internacional). Al optar por la desviación de la embarcación, los Estados miembros (en este caso España) pretenden evitar la aplicación de las garantías previstas por la Directiva Retorno (traspuesta en España a través de la LOEx) para este tipo situaciones.

Teniendo en cuenta el *modus operandi* reproducido en el epígrafe anterior, parece que los Estados miembros no han recabado en que, en virtud del artículo 2.2.a) Directiva Retorno, pueden decidir no aplicar la Directiva en determinadas situaciones que, en principio, entrarían dentro de su ámbito de aplicación: los denominados «casos fronterizos». En lo que aquí nos interesa, estos vienen constituidos por aquellas situaciones en las que los migrantes irregulares «son detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro»<sup>466</sup>. Esta exclusión comporta una importante disminución de las garantías previstas en la directiva y permitiría que, una vez identificados los migrantes, descartadas vulnerabilidades relativas a su persona (minoría de edad, asistencia sanitaria, estado de gestación) y respetando el principio de no devolución, fueran expulsados (artículo 4.4 Directiva Retorno)<sup>467</sup>. Como señaló el TJUE en Sentencia de 7 de junio de 2017, *Affum*, as. C-47/15, «la facultad contemplada en el artículo 2, apartado 2, letra a), de aquella Directiva [Retorno] tiene su razón de ser, como explicó la Comisión en la vista, en la finalidad perseguida por esta última disposición, a saber, permitir a los Estados miembros continuar aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno de Derecho interno simplificados, sin tener que completar todas las fases procedimentales establecidas en la antedicha Directiva y poder así expulsar con mayor rapidez a los nacionales de terceros países interceptados cuando cruzaban tales fronteras. En ese contexto, el (...) artículo 4, apartado 4, pretende garantizar que esos

---

<sup>466</sup> Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno: Interpretación del artículo 2.2 a) Directiva Retorno (p. 95).

<sup>467</sup> En virtud del artículo 4.4 Directiva Retorno, los Estados miembros asegurarán el cumplimiento de garantías básicas, como el principio de no devolución o la toma en consideración de personas vulnerables respecto a los nacionales de terceros países que hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud, precisamente, de este artículo 2.2.

procedimientos simplificados de Derecho interno respeten las garantías mínimas establecidas en la Directiva 2008/115 (...)» (ap. 74)<sup>468</sup>. Eso sí, para que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva tenga efectos jurídicos es necesario, según el Manual de Retorno, que el Estado miembro lo establezca claramente y con carácter previo en la legislación nacional de aplicación<sup>469</sup>.

Pues bien, pese a la existencia de esta posibilidad en el Derecho de la Unión de acelerar los procedimientos de devolución de extranjeros que hayan cruzado las fronteras exteriores de manera irregular, ni el derecho interno español ni, según creemos, el derecho interno italiano, han hecho uso de la misma. Es más, tanto España como Italia prevén en sus respectivos ordenamientos jurídicos procedimientos específicos para la devolución de personas que hayan sido detectados con ocasión del cruce irregular de la frontera (es decir, casos fronterizos). Sin embargo, constan de las mismas garantías que el resto de procedimientos (v.g. expulsión): derecho a un recurso efectivo contra la resolución, asistencia jurídica gratuita y derecho a un intérprete. En el caso del ordenamiento jurídico español es el citado procedimiento de devolución y en el caso de Italia es el procedimiento previsto en el artículo 10.2 TUSM, en virtud del cual «*Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo (...)*»<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup> La sentencia es fruto de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la *Cour de cassation* francesa. Entre otras cuestiones, el órgano jurisdiccional preguntaba lo siguiente: «¿Debe interpretarse el artículo 3, punto 2, de la Directiva 2008/115/CE en el sentido de que un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y que por tal motivo está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, con arreglo a su artículo 2, apartado 1, cuando el extranjero en cuestión se encuentre en una situación de mero tránsito, como pasajero de un autobús que circule por el territorio de dicho Estado miembro, procedente de otro Estado miembro que forme parte del espacio de Schengen, y con destino a un Estado miembro diferente?» (ap. 43).

<sup>469</sup> Manual de Retorno, p. 94.

<sup>470</sup> El TUSM no había previsto recurso alguno porque originariamente se había configurado como una actuación material de policía con la finalidad de impedir la entrada de los extranjeros en territorio nacional. Dicha laguna fue colmada por su reglamento de desarrollo: en virtud del artículo 3.3 *Decreto del Presidente della Repubblica* 31 agosto 1999, n.º 394, «*Il provvedimento che dispone il respingimento (...) [è] comunicat[o] allo straniero mediante consegna a mani proprie o notificazione del provvedimento scritto e motivato, contenente l'indicazione delle eventuali modalità di impugnazione, effettuata con modalità tali da assicurare la riservatezza del contenuto dell'atto. Se lo straniero non comprende la lingua italiana, il provvedimento deve essere accompagnato da una sintesi del suo contenuto, anche mediante appositi formulari sufficientemente dettagliati, nella lingua a lui comprensibile o, se ciò non è possibile per indisponibilità di personale idoneo alla traduzione del provvedimento in tale lingua, in una delle lingue inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'interessato*».

Sobre los procedimientos de expulsión en Francia, Alemania, Reino Unido y España desde una perspectiva comparada *vid.* Paolo PASSAGLIA (Ed.) et al., «Ingresso, accoglienza e allontanamento dello straniero», Corte Costituzionale, Servizio Studi (Area di diritto comparato), maggio 2019. Disponible en:



Si, en lugar de sustituir los procedimientos de extranjería nacionales derivados de la transposición de la Directiva Retorno por medidas de interceptación carentes de garantías suficientes, los Estados miembros hicieran uso de la posibilidad que ofrece la propia Directiva para los casos fronterizos, se solucionarían muchos de las vulneraciones de derechos humanos que se pondrán de manifiesto a lo largo de esta investigación.

#### 5.5 Los derechos humanos afectados por la actividad de interceptación

Que no se haya previsto explícitamente en el CFS 2016 y en los ordenamientos jurídicos nacionales la extensión de las concretas garantías contempladas para las inspecciones fronterizas a las actuaciones de vigilancia fronteriza no significa que aquellas no resulten de aplicación<sup>471</sup>. En efecto, de conformidad con el artículo 4 CFS 2016 «En la aplicación del presente Reglamento [lo que incluye las actuaciones de vigilancia], los Estados miembros actuarán dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión aplicable, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Derecho Internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951; de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales. De conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, las decisiones al amparo del presente Reglamento se adoptarán de manera individualizada».

No obstante, incluso si tal precepto no existiera, la CDFUE resultaría igualmente de aplicación a las medidas objeto de análisis<sup>472</sup>. En virtud de su artículo 51 «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas (...) a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Como señala MONEREO PÉREZ «el ámbito de aplicación de la Carta está fuertemente condicionado por el ámbito de competencias que asume la Unión, de manera que los países miembros solamente están obligados por la Carta en los supuestos en que desarrollen o apliquen normas de la Unión promulgadas en

---

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Comp\\_253\\_Straniero.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Comp_253_Straniero.pdf) [Consultado por última vez el 19/08/2020].

<sup>471</sup> Así, Violeta MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe*, cit., p. 298, entiende que, cuando tienen lugar las actuaciones previstas por el CFS 2016, *a fortiori* las garantías previstas por este último son aplicables.

<sup>472</sup> En virtud del artículo 6 TUE, «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (...)». Como consecuencia, esta dejó de ser una mera proclamación solemne, como fue catalogada en Niza, para convertirse en Derecho originario de la Unión, corolario del sistema de fuentes de la Unión Europea del que forman parte los Tratados fundacionales.

ejercicio de la esfera competencial propia de la Unión»<sup>473</sup>. Dado que los Estados miembros realizan sus actuaciones de vigilancia en ejecución del acervo de la Unión en materia de control fronterizo, los derechos reconocidos en la CDFUE son plenamente aplicables a las operaciones de interceptación. En definitiva, como taxativamente afirmó el TJUE en *Åkerberg Fransson* «La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» (ap. 21)<sup>474</sup>.

Por otro lado, además de su sometimiento a la CDFUE, las actuaciones de vigilancia realizadas por los Estados miembros también deben respetar el CEDH. Es necesario destacar que no se trata de dos sistemas de derechos desconectados pues, según el artículo 52.3 CDFUE, «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Sin embargo, con independencia de la utilidad hermenéutica de la jurisprudencia del TEDH para delimitar el contenido de los derechos reconocidos en la CDFUE, el mencionado tribunal constituye, en sí mismo, una instancia de control de las actuaciones de vigilancia llevadas a cabo por los Estados miembros de la Unión que forman parte del CEDH. Ahora bien, dado que las mismas son el resultado de la ejecución de un mandato de la Unión Europea (artículo 13 CFS 2016) y esta última no se ha adherido al CEDH<sup>475</sup>, la capacidad fiscalizadora del TEDH en el ámbito objeto de estudio requiere un análisis independiente que será abordado con posterioridad.

En cualquier caso, conviene enumerar en esta sede los derechos que se ven especialmente afectados por este tipo de actuaciones y su contenido esencial para con posterioridad podernos centrar exclusivamente en su vigencia en cada caso concreto (Capítulos IV, V, VI y VIII). Al fin y al cabo, su contenido esencial es el mismo en todos los Estados miembros, dado el carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE y el TEDH para todos ellos<sup>476</sup>.

---

<sup>473</sup> José Luis MONEREO PÉREZ, «Estudio Preliminar. Teoría del abuso de derecho: El abuso de los derechos fundamentales», en Louis JOSSEERAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, Comares, Granada, 2012, p. 25.

<sup>474</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*, as. 617/10.

<sup>475</sup> Vid. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, ap. 258.

<sup>476</sup> En el caso español, por ejemplo, el artículo 10 CE dispone que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

### 5.5.1 El principio de no devolución

El principio de no devolución deriva de la interpretación realizada por el TEDH del artículo 3 CEDH<sup>477</sup>, interpretación que resulta extensiva a los preceptos homólogos de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte del CEDH<sup>478</sup> y, de conformidad con el artículo 52.3 CDFUE, al artículo 19.2 CDFUE. Respecto al mismo, el TEDH ha señalado que

«toda expulsión, extradición o cualquier otra medida destinada a expulsar a un extranjero puede plantear dificultades desde la perspectiva del artículo 3, y, por lo tanto, suscitar la exigencia de responsabilidad, en virtud del Convenio, al Estado autor de la expulsión, siempre que se demuestre la existencia de motivos sustantivos para creer que el individuo en cuestión, si fuera expulsado, estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 en el país receptor. En estas circunstancias, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar al individuo a ese país»<sup>479</sup>.

Algunos autores afirman que lo que trata de condenar el TEDH con esta interpretación son violaciones en potencia; «es decir, el Estado demandado violaría, en condicional, el artículo 3 (...) si procediese efectivamente a ejecutar la devolución, expulsión o extradición (...) [lo cual] dota al artículo 3 de una eficacia preventiva absolutamente excepcional»<sup>480</sup>. De hecho, es tal la protección dada por el TEDH al principio de no devolución, que también puede ser objeto de violación indirecta cuando una persona es trasladada a otro país en el que, a su vez, exista un riesgo grave de que sea expulsada, trasladada o extraditada a un tercer país incumpliendo el principio de no devolución.

El mencionado principio es objeto de reconocimiento específico en el artículo 3 CFS 2016 y, como se comprobará a lo largo de la presente investigación, constituye un

---

<sup>477</sup> El artículo 3 CEDH dispone que «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

<sup>478</sup> Artículo 15 CE y artículo 13 *Costituzione Italiana* (en adelante, CI).

<sup>479</sup> STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, ap. 114. La interpretación tiene su origen en el caso *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, en el que el TJUE estimó violación del artículo 3 CEDH una expulsión que expondría al extranjero al «síndrome del corredor de la muerte», a la espera de la ejecución de la pena capital en EE. UU.

<sup>480</sup> René SANTAMARÍA ARINAS y M<sup>a</sup> Carmen BOLAÑO PIÑEIRO, «Artículo 3. Prohibición de la tortura», en Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thompson Reuters, Pamplona, 2015, p. 92.

principal límite a la actividad administrativa de interceptación<sup>481</sup>. De hecho, en este trabajo se tendrá ocasión de analizar sentencias del TEDH que condenan a Estados miembros como consecuencia de la aplicación de medidas de interceptación sin respetar este principio. Su necesaria observancia fue puesta de relieve por el Abogado General Paolo MENGOSI, el cual, además, calificó la aplicabilidad del principio de no devolución en las medidas de interceptación como una cuestión «no solo delicada, sino también particularmente controvertida»<sup>482</sup>.

### 5.5.2 La prohibición de expulsiones colectivas

Tanto el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH) como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 19.1) prohíben las expulsiones colectivas. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el fin del artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente<sup>483</sup>. Como veremos en el Capítulo IV, lo que late en el fondo de esta prohibición es, por una parte, una protección de las garantías procedimentales inherentes al derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH)<sup>484</sup> y, por otra, tratar de evitar que se vulnere el principio de no devolución (artículo 3 CEDH)<sup>485</sup>. Por tanto, de modo sintetizado puede afirmarse que la exigencia derivada de este principio es doble: la existencia de vías de recurso contra la medida de expulsión y la identificación y valoración de las circunstancias personales de las personas objeto de la medida. De acuerdo con esta interpretación, la prohibición de expulsiones colectivas se puede entender implícitamente reconocida en el artículo 4 CFS 2016 cuando

---

<sup>481</sup> Téngase en cuenta, como apuntan René SANTAMARÍA ARINAS y M<sup>a</sup> Carmen BOLAÑO PIÑEIRO, que «los sujetos que comprometen aquí [en el artículo 3 CEDH] la responsabilidad del Estado son autoridades y funcionarios encuadrados en el poder ejecutivo, generalmente habilitados para ejercer facultades de coacción administrativa que pueden incluir el empleo de la fuerza física», René SANTAMARÍA ARINAS y M<sup>a</sup> Carmen BOLAÑO PIÑEIRO, «Artículo 3. Prohibición de la tortura», cit., p. 63. Dichos funcionarios son, precisamente, los que se encargan de la adopción de las medidas de interceptación.

<sup>482</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al as. C-355/10, ap. 64.

<sup>483</sup> STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, as. 27765/09, ap. 177 y STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros*, as. 16643/09, ap. 210.

<sup>484</sup> En este sentido, en su voto particular a la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D y N.T c. España*, el juez KOSKELO afirmó que la protección prevista por el artículo 4 Protocolo n.º 4 al Convenio es de «naturaleza procesal» (ap. 3 del Voto Particular).

<sup>485</sup> El indisoluble vínculo entre la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución fue señalado por el TEDH en el apartado 171 de la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D y N.T c. España*, conforme al cual «hay una conexión entre el ámbito de aplicación del artículo 4 Protocolo n.º 4 CEDH y el principio de no devolución consagrado en la Convención de Ginebra (vid. *Sharifi y otros*, cit., ap. 211)».

dispone que «(...) De conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, las decisiones al amparo del presente Reglamento se adoptarán de manera individualizada».

Al igual que el principio de no devolución, la prohibición de expulsiones colectivas es un principio cuya vulneración es especialmente sensible a la actividad administrativa de interceptación ya que, con frecuencia, esta implica la expulsión de un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer los argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente. De hecho, también existen sentencias del TEDH que condenan a Estados miembros como consecuencia de la aplicación de medidas de interceptación sin respetar este principio, algunas de las cuales han sido objeto de revisión posterior provocando cambios interpretativos de gran envergadura, lo que también será objeto de análisis en esta investigación.

#### 5.5.3 El derecho a un recurso efectivo

Tanto el artículo 47 CDFUE como el artículo 13 CEDH reconocen el derecho a un recurso efectivo<sup>486</sup>. En concreto, este último garantiza el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional a toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el CEDH hayan sido violados<sup>487</sup>. Como señala BARCELONA LLOP, el precepto «reclama la existencia de vías nacionales de recurso que permitan obtener la tutela de los derechos que el Convenio protege pero como un derecho convencional en sí mismo considerado, derecho sobre cuya observancia puede pronunciarse el Tribunal de Estrasburgo decidiendo si los recursos previstos en el ordenamiento interno satisfacen o no las exigencias europeas de efectividad»<sup>488</sup>. Además de la CDFUE y el CEDH, las propias

---

<sup>486</sup> En la misma línea, el artículo del 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en virtud del cual «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil».

<sup>487</sup> En el análisis del artículo 13 CEDH es necesario tener en cuenta también el artículo 35.1 CEDH, conforme al cual antes de interponer un recurso ante el TEDH es necesario agotar los recursos internos.

<sup>488</sup> Javier BARCELONA LLOP, «Protección internacional y tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181 p. 99. En concreto, la STEDH de 2 de febrero de 2006, *Chizotti c. Italia*, as. 15535/02 resume las características que debe cumplir un recurso para considerarse efectivo: «En términos de la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 13 garantiza la existencia en derecho interno de un recurso que permite aprovecharse de los derechos y libertades del Convenio, tal como se encuentran en él consagrados. Esta disposición tiene, por tanto, como consecuencia exigir, para las quejas que puedan considerarse “defendibles” de acuerdo con el Convenio o sus Protocolos, un recurso interno ante la instancia nacional competente para conocer el contenido de la queja y ofrecer la solución, aunque los Estados Contratantes gocen de cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de

constituciones nacionales reconocen el derecho de los ciudadanos a que se posibilite un control judicial efectivo de las actuaciones de la Administración Pública que afecten a sus derechos e intereses<sup>489</sup>.

Dadas las condiciones en las que se producen las denegaciones de entrada derivadas de la aplicación de las medidas de interceptación analizadas (ausencia de una resolución, de una notificación, de una identificación), es muy difícil para las personas interceptadas defender su posición. Así lo entendió el Parlamento Europeo cuando denunció que atribuir a los guardias de fronteras la facultad de ordenar a una embarcación que modifique su itinerario para que abandone las aguas territoriales niega a las personas implicadas «la posibilidad de interponer un recurso contra la denegación de entrada»<sup>490</sup>. De hecho, también hay sentencias del TEDH condenatorias por la vulneración de este principio a consecuencia de la aplicación de medidas de interceptación. Dado que la invocación del artículo 13 CEDH precisa que previamente haya existido una violación de otro derecho, en los casos objeto de análisis su vulneración suele estar vinculada a la previa constatación de una violación del principio de no devolución o del de prohibición de expulsiones colectivas.

Por último, conviene destacar que en el ámbito objeto de este estudio es esencial el carácter suspensivo del recurso previsto en la normativa nacional para que este último se considere efectivo. Así se desprende de la jurisprudencia del TEDH, el cual, sobre la posibilidad de interponer un recurso desde otro país por parte de las personas interceptadas, consideró que si una vía de recurso de este tipo estuviera disponible en la práctica, no cumpliría con los requisitos del artículo 13, puesto que no tendría un efecto suspensivo<sup>491</sup>.

---

conformarse con las obligaciones que les impone esta disposición. El alcance de la obligación que se desprende del artículo 13 varía en función de la queja que el demandante apoya en el Convenio. Sin embargo, el recurso exigido debe ser “efectivo” tanto en la práctica como en derecho, de manera que su existencia no debe ser obstaculizada de manera injustificada por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado» (ap. 40).

<sup>489</sup> Es el caso del artículo 24 de la Constitución Española y de la Italiana. Así mismo, sus legislaciones nacionales en materia de asilo y retorno, en aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo y de la Directiva Retorno, respectivamente, reconocen el derecho a un recurso contra las resoluciones denegatorias de sus solicitudes [artículo 9 del *Decreto legislativo italiano 28 gennaio 2008, n. 25* sobre asilo y artículo 29 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo en España; artículo 18 del *Decreto del Presidente della Repubblica de 31 de agosto de 1999, n. 394* (Reglamento de aplicación del TUSM) y artículo 21.1 LOEx].

<sup>490</sup> STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 57.

<sup>491</sup> STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, as. 27765/09, ap. 206. Es necesario destacar que recientemente el TJUE ha acogido el efecto suspensivo de los recursos contra las resoluciones de expulsión del territorio de un Estado miembro si posteriormente se ha realizado una solicitud de

#### 5.5.4 El derecho a solicitar protección internacional

De conformidad con el artículo 18 CDFUE «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea»<sup>492</sup>. Este reconocimiento también tiene plasmación en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en las constituciones nacionales, las cuales suelen remitir su contenido a lo establecido en las leyes sectoriales<sup>493</sup>. Debe tenerse en cuenta que en los Estados miembros estas últimas son aprobadas como parte del entramado normativo comprendido en el Sistema Europeo Común de Asilo al que se hizo referencia en el Capítulo I, cuya norma de referencia a los efectos de esta investigación es la Directiva sobre Procedimientos de Asilo.

Como ya hemos adelantado, el principal problema de esta Directiva es su reducido ámbito de aplicación, el cual impide que los extranjeros que no se encuentren en el territorio de la Unión, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, puedan solicitar protección internacional. Así lo manifestó la Comisión Europea precisamente con ocasión de un dictamen jurídico en el que se tenía que pronunciar sobre una medida de interceptación llevada a cabo por Italia en alta mar que implicaba la «devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes». Según el entonces vicepresidente de la Comisión Jaques BARROT «este acervo, incluida la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, es aplicable únicamente a aquellas solicitudes de asilo formuladas en el territorio de Estados miembros, lo cual incluye fronteras, áreas de tránsito y, en el contexto de fronteras marítimas, las aguas territoriales de los Estados miembros. Por consiguiente, desde una perspectiva jurídica, resulta evidente que el acervo comunitario en el ámbito del asilo no es aplicable a situaciones en alta mar [a nuestros efectos, más allá del mar territorial]»<sup>494</sup>. Ello confirma la postura del Abogado General Paolo MENGOTZI, según el

---

protección internacional. Dicha interpretación, según el Tribunal, deriva de una lectura conjunta de la Directiva 2008 en materia de retorno, la Directiva 2005 sobre procedimientos comunes en materia de protección internacional [sustituida por la actual Directiva Asilo, del año 2013], el principio de no devolución y el derecho a un recurso efectivo consagrados en los artículos 18, 19 y 47 de la CDFUE (STJUE de 19 de junio de 2018, *Sadikou Gnandi c. Bélgica*, asunto C-181/16, ap. 68).

<sup>492</sup> España se adhirió a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 en 1978 (B.O.E núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

<sup>493</sup> Artículo 13.4 CE y artículo 10.3 CI.

<sup>494</sup> Jacques BARROT, Respuesta de 15 de julio de 2009 a la solicitud de dictamen jurídico acerca de la “devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes”

cual la actividad administrativa de interceptación «pueden incidir (...) en la posibilidad que tienen tales personas de invocar y obtener de la Unión la protección a la que eventualmente tengan derecho con arreglo a la normativa internacional (...)»<sup>495</sup>.

Ahora bien, conviene preguntarse si esta restringida posibilidad de solicitar asilo derivada de la configuración jurídica existente supone una vulneración de la CDFUE. Es decir, conviene determinar si existe un verdadero derecho subjetivo a solicitar asilo. Para PÉREZ DE NANCLARES la respuesta es negativa y, para justificarlo, esgrime dos argumentos. En primer lugar, las reticencias mostradas en los debates celebrados en la Convención para la aprobación de la CDFUE sobre el reconocimiento de un verdadero derecho individual al asilo reclamable judicialmente. En segundo lugar, el hecho de que el artículo 18 CDFUE se remita a la Convención de Ginebra y a los tratados, de los cuales, según el autor, «de ninguna manera se deriva un derecho subjetivo al asilo»<sup>496</sup>. Como consecuencia, según PÉREZ DE NANCLARES «el artículo 18 CDFUE [únicamente] conlleva el deber de los Estados miembros de reconocer el estatuto de refugiado a quienes reúnan los requisitos del artículo 1 de la Convención de Ginebra, cuyo contenido jurídico se plasma básicamente en el derecho al *non refoulement*, a la no expulsión a un Estado que no pueda considerarse seguro (...) y el derecho a un procedimiento interno en el que pueda constatarse la existencia o no de las condiciones exigidas para acceder al estatuto de refugiado»<sup>497</sup>.

A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de comprobar la multitud de ocasiones en las que, como consecuencia de la actividad administrativa de interceptación, se vulnera el derecho a solicitar protección internacional de las personas que han entrado o pretenden entrar en el Espacio Schengen.

Volvemos a repetir que ninguna norma reguladora del derecho de asilo (ni del Derecho de la Unión, ni internacional ni nacional) impide solicitar protección internacional a personas que entren ilegalmente en un país. Si acaso, se pueden aceptar ciertas modulaciones en la tramitación de la solicitud como consecuencia de haber efectuado la entrada de forma irregular. Precisamente, el artículo 31.8 de la Directiva

---

solicitada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, *apud* STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, ap. 34.

<sup>495</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al as. C-355/10, ap. 61.

<sup>496</sup> José Martín PÉREZ DE NANCLARES, «Artículo 18. Derecho de asilo», en Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, cit., p. 372.

<sup>497</sup> *Ibidem*, pp. 372 y 373.



sobre Procedimientos de Asilo dispone que «Los Estados miembros podrán disponer que se acelere y/o se lleve a cabo en la frontera o en zonas de tránsito de conformidad con el artículo 43 un procedimiento de examen [de protección internacional] (...) si: h). el solicitante hubiese entrado ilegalmente o prolongado su estancia ilegalmente en el territorio del Estado miembro (...)». Siguiendo esta línea argumental, el artículo 43 de la misma norma, apartado 1º, establece que «Los Estados miembros podrán (...) estipular procedimientos en la frontera o en las zonas de tránsito del Estado miembro para tomar decisiones sobre (...) b) el fondo de una solicitud en un procedimiento de conformidad con el artículo 31, apartado 8». Esta posibilidad ha sido acogida por el ordenamiento jurídico italiano, el cual, a través del *Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* (en adelante, *Decreto Sicurezza*) ha introducido en el *Decreto legislativo del 28 gennaio 2008, n. 25 Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* (artículo 28.bis) un procedimiento de solicitud de asilo específico y rápido para aquellos solicitantes de protección internacional que hayan presentado «*la domanda di protezione internazionale direttamente alla frontiera o nelle zone di transito di cui al comma 1-quater, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli. In tali casi la procedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito*» (artículo 9 Decreto Sicurezza). Sin embargo, otros Estados miembros como España no han hecho uso de esta posibilidad contemplada en la Directiva sobre Procedimientos de Asilo.

## 5.6 La vigencia del principio de legalidad y de la reserva de ley en la actividad de interceptación

Comprobada su incidencia en las libertades y derechos de las personas interceptadas, las actividades administrativas de interceptación, como las de detección, requerirían una expresa habilitación legal. Y no una habilitación legal cualquiera, sino que, dada la afectación de derechos fundamentales especialmente protegidos (integridad física, libertad, derecho a un recurso efectivo), en la mayoría de los casos dicha habilitación debería cumplir los requisitos inherentes a la reserva de ley. Sin embargo, de nuevo, nos volvemos a encontrar en el contexto de la actividad de policía; actividad que,

como hemos adelantado, por perseguir en este caso la evitación de peligros y perturbaciones del orden público, encuentra en la relajación del principio de legalidad su estandarte.

#### 5.6.1 Habilitaciones del Derecho de la Unión

Al compartir título habilitante con las actividades de detección, todas las apreciaciones generales realizadas en el epígrafe 4.3.1 de este Capítulo sobre la adecuación del artículo 13 CFS 2016 a los requisitos de la reserva de ley son plenamente extrapolables a esta modalidad de vigilancia fronteriza. No obstante, conviene realizar una aclaración. A pesar de entenderse que las autoridades de los Estados miembros competentes en materia de vigilancia deban entenderse habilitadas por el artículo 13 CFS 2016 para la adopción de todas las medidas necesarias para «impedir el cruce no autorizado de la frontera» (medidas de interceptación preventivas) y que el propio precepto contempla, con carácter general, la adopción de «medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente» (medidas de interceptación correctivas), el artículo 13 CFS 2016 alude a una medida de interceptación concreta: la aprehensión. En virtud del apartado 4 del precepto «Se confiará la vigilancia a unidades fijas o móviles que cumplirán su misión patrullando o situándose en puntos conocidos o que se consideren de riesgo, *con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera*». Este precepto puede entenderse como una respuesta reglada del legislador, lo cual nos llevaría a concluir que respecto a aquellos que traten de cruzar o hayan cruzado irregularmente la frontera solo cabe aprehenderlos, o como un *numerus apertus*, en cuyo caso la aprehensión sería un ejemplo más de medida de interceptación. A favor de la primera interpretación se encuentra el Manual Schengen, que establece que las unidades de vigilancia deben «detener y trasladar al puesto fronterizo más cercano a las personas que hayan cruzado o hayan intentado cruzar la frontera ilegalmente» [punto 2.3 e) Manual Schengen]. Como puede observarse, el Manual aclara, además de la medida que corresponde adoptar (detención/aprehensión), que lo que corresponde respecto a las personas detenidas es trasladarlos al puesto más cercano, quedando descartadas otras opciones como, por ejemplo, el traslado a un tercer Estado. A favor de la segunda interpretación puede esgrimirse la regulación del Reglamento Vigilancia Marítima que, como hemos tenido ocasión de comprobar en el epígrafe relativo a las potestades inherentes a la detección, recoge toda una batería de medidas de interceptación distintas

a la aprehensión, tanto en aquellos casos en los que se haya consumado la entrada irregular como en los que no.

En nuestra opinión, si se quiere cumplir con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 13 CFS 2016, en los casos en los que se haya consumado la entrada irregular solo cabe una medida de interceptación: la aprehensión y traslado al puesto fronterizo más cercano. Recordamos que el mismo dispone que «Toda persona que *haya cruzado una frontera ilegalmente* y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate *será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE*». Difícilmente será posible aplicar los procedimientos contemplados en dicha directiva si respecto a una persona que haya cruzado ilegalmente la frontera marítima (límite exterior del mar territorial) se decide «ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial (...) o dirigirse a un destino distinto, inclusive escoltándolo o navegando junto a él hasta que se confirme que el buque se atiene a ese itinerario indicado» [artículo 6.2 b) Reglamento Vigilancia Marítima]<sup>498</sup>. En conclusión, entendamos que la aprehensión y traslado al puesto fronterizo más cercano es la única medida de interceptación posible frente a aquellos que hayan cruzado irregularmente la frontera. Ello con independencia de que posteriormente sean sometidos los procedimientos derivados de la Directiva Retorno o sean considerados casos fronterizos susceptibles de excepcionar la aplicación de todas las garantías de la mencionada Directiva.

Distintos de los denominados casos fronterizos son los supuestos de aquellos que no hayan consumado el intento de cruzar irregularmente la frontera, en relación con los cuales entendemos que, dado que el objetivo es impedir el cruce irregular de la frontera y no les resulta de aplicación ni la Directiva Retorno ni la Directiva sobre Procedimientos de Asilo<sup>499</sup>, puedan adoptarse otras medidas de interceptación distintas a la aprehensión

---

<sup>498</sup> Ante esta aparente contradicción entre el CFS 2016 y el Reglamento Vigilancia Marítima, entendemos que la medida contemplada en el artículo 6.2 b) Reglamento Vigilancia Marítima solo es posible en aquellos casos en los que, de acuerdo con el Manual de Retorno, el Estado miembro anfitrión de la operación conjunta coordinada por la Agencia GEFC haya previsto en su ordenamiento jurídico la posibilidad de excluir los casos fronterizos del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno. En caso contrario, deberá adoptarse cualquiera de las medidas alternativas contempladas en dicho precepto [6.2.a) y c)], las cuales culminan con el desembarco de los migrantes en el Estado miembro ribereño de conformidad con lo previsto en el artículo 10.1 a) Reglamento Vigilancia Marítima. Sobre este aspecto volveremos en el Capítulo VIII.

<sup>499</sup> Aclarado en otra sede el ámbito de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, a favor de la tesis de la inaplicación de la Directiva Retorno en estos casos se encuentra, *contrario sensu*, su propio articulado, conforme al cual la norma se aplica a «los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro» (artículo 2.1). Así se deduce también del Manual de Retorno cuando

y conducción al puesto fronterizo más cercano, como las órdenes de redirección o la compulsión sobre las personas para evitar el peligro de que se consume la entrada irregular. Es decir, a nuestro entender, la aparente contradicción entre los dos Reglamentos de Derecho de la Unión habilitantes de medidas de interceptación debería entenderse resuelta de la siguiente forma: respecto a los cruces irregulares consumados solo cabe la aprehensión y conducción al puesto fronterizo más cercano; contrariamente, frente a los intentos de cruce irregular se pueden adoptar otras medidas de interceptación distintas a aquella.

### 5.6.2 Habilitaciones en el Derecho Internacional

En relación con la consideración como títulos habilitantes de los convenios internacionales vigentes en materia de vigilancia fronteriza (CNUDM y Protocolo de Palermo) nos remitimos a las reflexiones realizadas en relación con la actividad administrativa de detección. Es decir, mantenemos que estos últimos, al no ser aplicables directamente por los Estados miembros que los han firmado, no pueden considerarse títulos atributivos de potestades administrativas de vigilancia. Ello sin perjuicio de que las leyes nacionales se remitan a sus disposiciones para configurar las potestades administrativas de interceptación<sup>500</sup>.

Por su parte, en lo que respecta a los acuerdos bilaterales entre Estados miembros y terceros Estados, el Protocolo ítalo-albanés de 1997, además de prever la adopción de las medidas de detección ya analizadas, habilita también la medida de interceptación

---

establece que, respecto a aquellos casos en los que, como consecuencia de la denegación de entrada, «la persona no se encuentra presente físicamente en el territorio de un Estado miembro (...), el artículo 4, apartado 4 no es de aplicación» (Manual de Retorno, p. 97), excepto el principio/derecho de no devolución, que se configura como un derecho absoluto en el CEDH y la CDFUE. En efecto, aclara el Manual que «El respeto al principio de no devolución, reconocido en el artículo 4, apartado 4, letra b), de la Directiva relativa al retorno, y consagrado en el artículo 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un derecho absoluto y no se debe restringir sean cuales sean las circunstancias (...)».

<sup>500</sup> Los mismos preceptos que regulan la adopción de medidas de detección en el mar territorial y la zona contigua son aplicables a las medidas de interceptación. En este sentido, recordamos que el artículo 25.1 CNUDM dispone que «El Estado ribereño podrá tomar en su mar territorial las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente». En lo que respecta a la zona contigua, se contempla que el Estado ribereño «podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para: a) Prevenir las infracciones (...) de inmigración (...) que se cometan en su territorio o en su mar territorial» (artículo 33.1 CNUDM).

Lo mismo sucede con el precepto que regula las medidas de interceptación en alta mar: el artículo 8.7 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, de 13 de diciembre de 2000, dispone que «Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda». Al igual que sucedía en el caso de la detección, si el buque bate bandera de un determinado Estado, se precisará la autorización de este último para adoptar las mencionadas medidas apropiadas.

consistente en el *dirottamento* (artículo 4). En el caso de España, el artículo 6.5 Acuerdo España-Cabo Verde contempla, además de las medidas de detección consistentes en fiscalización y visita, el apresamiento.

### 5.6.3 Habilitaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales

En España, recordamos, las carencias de la normativa sectorial respecto a las actuaciones de vigilancia fronteriza se cubren con las potestades inherentes a las funciones propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En concreto, de conformidad con el 12.1.B.d) LOFCSE, corresponde a la Guardia Civil «La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran». El recurso a las mencionadas potestades inherentes en este caso tiene su justificación en la identidad entre la actividad administrativa de interceptación y la coacción directa. Afirma acertadamente AGIRREAZKUENAGA que «el problema que se plantea con la coacción directa es que normalmente se asignan a las fuerzas y cuerpos de seguridad unas funciones sin determinación expresa de las facultades o potestades concretas a emplear para el logro de las mismas, con lo que se llega a presuponer la existencia de una especie de apoderamientos generales teleológicamente orientados hacia la consecución de las funciones mencionadas»<sup>501</sup>. Recordamos que la relajación del principio de legalidad tenía su fundamento en la dificultad de que la ley previera todas las posibles perturbaciones y peligros que pudieran afectar al orden público. Para REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO la protección del orden público llega a su máxima expresión en la coacción directa, motivo por el cual esta se puede aceptar en algunos casos «sin base legal o incluso sin previsión reglamentaria de ningún género cuando se trata de preservar el orden público contra perturbaciones graves y reales o inminentes»<sup>502</sup>. En tales casos, la coacción directa vendría habilitada por las llamadas potestades inherentes o implícitas<sup>503</sup>.

---

<sup>501</sup> Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 335.

<sup>502</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 88. En ambos autores late la postura de Otto MAYER, el cual afirmaba que la justificación de la coacción podrá residir en una prescripción legal particular que autorice el uso de la fuerza para un fin policial determinado, pero dicha coacción también puede no tener fundamento legal particular cuando se pretenda el cumplimiento de un principio general cuya legitimidad sea incontestable [Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, cit., p. 142].

<sup>503</sup> Para otro sector doctrinal la coacción directa requiere siempre cierta previsión legal. Concretamente, para José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», cit., p. 623, las habilitaciones concretas «son una exigencia de la garantía de la libertad en un Estado de Derecho». Para POULANTZAS la ley se presentaría como «el código de la violencia pública organizada» (Nicos POULANTZAS, *Estado, poder y socialismo*, trad. F. CALUDÍN, Madrid, 1979, p. 88, *apud* Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 335).

No sería necesario acudir a las mencionadas potestades inherentes para encontrar la habilitación de las potestades de interceptación llevadas a cabo en la zona contigua ni en los límites fronterizos de las demarcaciones de Ceuta y Melilla. En el primer caso resultaría aplicable el artículo 35 LNM, el cual establece que, además de la solicitud de información y la realización de una inspección apropiada, «En caso necesario [la Administración pública competente] podrá adoptar las demás *medidas que sean necesarias y proporcionales* para prevenir o sancionar la infracción, *incluida la detención y conducción a puerto*». En este caso, en lugar de una potestad inherente, nos encontramos con un apoderamiento general que incluye dos ejemplos de medidas concretas. No obstante, las mismas tienen un ámbito de aplicación muy reducido (zona contigua), no existiendo precepto homólogo para el resto de espacios marítimos. En cuanto al segundo supuesto, existe un apoderamiento general en la DA 10ª LOEx «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera *podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*». Para encontrar habilitación al resto de medidas de interceptación (mar territorial y alta mar), habrá que acudir a las potestades inherentes a las funciones de la Guardia Civil previstas en la LOFCSE y a las remisiones de las LNM a los convenios internacionales de aplicación respectivamente.

Como sucede en el ámbito de la detección, la regulación de la actividad administrativa de interceptación es algo más densa en el ordenamiento jurídico italiano, donde el artículo 12.9 *bis* TUSM contempla, además de la parada y la inspección en el mar territorial, «*sequestrare [la embarcación] conducendo la stessa in un porto dello Stato*». De acuerdo con el artículo 12.9 *quater* TUSM, dicha medida podrá ser adoptada también en la zona contigua y en alta mar, de acuerdo con la normativa y los acuerdos internacionales vigentes en esta materia. Si recordamos, el TUSM habilita el desarrollo reglamentario de las distintas modalidades de vigilancia, desarrollo cuyo contenido general ya ha sido abordado en el epígrafe relativo a la actividad de detección. Sin embargo, conviene detenerse en un aspecto especialmente relevante en sede de interceptación.

El *Decreto 14 luglio 2003* no solo prevé que el secuestro del buque pueda derivar en su transporte a un puerto italiano (como establecía la norma habilitadora), sino también que «*l'inchiesta di bandiera, [la] visita a bordo, qualora sussista un'adeguata cornice di*

*sicurezza, ed [il] fermo delle navi sospettate di essere utilizzate nel trasporto di migranti clandestini»* puedan ser realizadas con vistas *«anche al fine di un loro possibile rinvio nei porti di provenienza»* (artículo 7.2 *Decreto 14 luglio 2003*). Pues bien, si con respecto a la detección afirmábamos que, en el caso hipotético de que el *Decreto* se resultara de aplicación en España, se ajustaría a las exigencias de las reservas de ley, no cabe decir lo mismo de la interceptación, al encontrar una regulación de potestades que va más allá de lo previsto por la ley habilitante. Recordamos que, en materias reservadas a la ley, los reglamentos solo podrán desarrollar o pormenorizar la previa regulación legal y completarla en aspectos secundarios (al menos en el caso de España). Así lo estableció el TC en su sentencia 99/1987, donde afirma que se permite al Reglamento *«complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración... no será contradictoria con el dictado de la Constitución (...) Habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando (...)»*.

#### 5.6.4 Conclusiones provisionales

Tal y como se desprende del análisis de las normas habilitadoras de potestades de interceptación, en estos casos se produce una extrema matización del principio de legalidad. Como hemos visto, no solo se trata de la utilización de cláusulas generales de orden público (presentes, por ejemplo, en la LNM), sino que existen ámbitos carentes de cualquier habilitación en los que debe entenderse que las potestades de interceptación son inherentes a las funciones atribuidas a la Guardia Civil en la LOFCSE. Sin embargo, continuando con REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, para justificar el ejercicio de estas potestades es necesaria la concurrencia de ciertas circunstancias en torno a la perturbación del orden público, como su gravedad, su realidad y su inminencia. Por ello, cabe preguntarse si las medidas de interceptación llevadas a cabo a cientos o incluso miles de kilómetros de la frontera exterior del Espacio Schengen provocan o corren el peligro de provocar una lesión tan grave, inminente y real en el orden público como para entenderlas justificadas por la existencia de una potestad inherente a la función de la Guardia Civil de vigilar las fronteras españolas. Recordamos que, de conformidad con el artículo 4.3 LOSC, *«La actividad de intervención se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que,*

*razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana (...)*».

Coincidimos con REBOLLO PUIG en que las cláusulas de orden público, las potestades implícitas e inherentes tienen que «manejarse con cautela para no convertirlas en un artificio que justifique cualquier actuación, sobre todo las que comporten límites a la libertad, y acaben por convertir la vinculación positiva en una quimera»<sup>504</sup>. Como se comprobará en capítulos sucesivos, el incumplimiento del principio de legalidad tiene graves perjuicios sobre los destinatarios de las actividades administrativas, ya que favorece la discrecionalidad de las autoridades de vigilancia fronteriza a la hora de ejercer las potestades inherentes a dicha actividad. Entendemos que el verdadero fundamento de la vigilancia fronteriza en general y de la interceptación en particular es la garantía del ejercicio del derecho a la libre circulación de personas en el Espacio Schengen, para cuya protección, si es necesario, se pueden limitar los derechos fundamentales de aquellos que pretenden entrar en dicho Espacio. Lo que no se puede justificar es que la defensa de la libre circulación, del orden público o de la seguridad de los Estados miembros sobre los derechos fundamentales individuales llegue a tal nivel que lo existente no merezca el nombre de regulación<sup>505</sup>. Ante tal situación, al igual que CARRO, nos resistimos a seguir a un JELLINEK que en las páginas de su *Derecho Administrativo* aconsejaba «cerrar un ojo» cuando la potestad de policía no pudiese fundamentarse en ningún texto formal y, añadimos, en ninguna cláusula de orden público o potestad inherente debidamente justificada.

En nuestra opinión, el legislador español debería regular la actividad administrativa de interceptación en la normativa sectorial que contiene el régimen jurídico de extranjería e inmigración (LOEx), de forma similar al legislador italiano. Sin ser posible, dadas las variables circunstancias en las que se producen este tipo de medidas, adoptar una regulación completa y exhaustiva, la opción debería pasar por enumerar algunas potestades concretas y, como mecanismo de cierre, utilizar habilitaciones generales subsidiarias y residuales para aquellos casos no cubiertos por las habilitaciones concretas<sup>506</sup>. Ello, por supuesto, debería acompañarse de una modificación del RLOEx

---

<sup>504</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Lección 5: El principio de legalidad administrativa», cit., p. 143.

<sup>505</sup> Utilizamos la expresión de DE OTTO, el cual afirma que «se ha impuesto al legislador la obligación de hacer algo que merezca el nombre de regulación» (Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 167, *apud* Manuel REBOLLO PUIG, «Juridicidad, Legalidad (...)», cit., p. 145.

<sup>506</sup> José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», cit., p. 623.



con la finalidad de pormenorizar y desarrollar tales medidas. Como ya hemos tenido ocasión de anticipar, a nuestro entender, la técnica legislativa del *numerus apertus* es la mejor forma de compatibilizar la singularidad de la actividad de policía con el principio de legalidad ya que, por una parte, obliga al legislador a realizar un cierto esfuerzo regulatorio y aprobar normas con la densidad suficiente como para cubrir la mayoría de supuestos y, por otro, atribuye, con carácter excepcional y subsidiario, cierto margen de apreciación a la Administración para aquellos casos en los que se presente un peligro para cuya prevención o detención no se ha previsto ninguna potestad de manera explícita<sup>507</sup>.

## **6. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERCEPTACIÓN**

Como adelantamos en el Capítulo II, las operaciones de vigilancia fronteriza pueden ser llevadas a cabo bien por los Estados miembros, de forma autónoma, en su respectiva sección de frontera exterior, o bien mediante el despliegue de una operación conjunta en la que participan varios Estados miembros coordinados por la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Tanto en un caso como en otro, las posibles vulneraciones de derechos fundamentales que tengan lugar en el transcurso de dichas operaciones son controlables administrativa y judicialmente. No obstante, en el presente epígrafe nos centraremos en analizar únicamente las vías de control administrativo y judicial sobre las operaciones de vigilancia llevadas a cabo por la Administración nacional. El motivo es que, para una adecuada comprensión de las vías de control de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia, previamente es necesario conocer el régimen jurídico de las de estas últimas, motivo por el cual ambas cuestiones se abordarán conjuntamente en el Capítulo VIII.

En el fondo, con este análisis lo que se trata de determinar es si los Estados miembros (en concreto, España) cumplen con las exigencias derivadas del derecho a un recurso efectivo reconocido en el artículo 13 CEDH cuando ejercen potestades de interceptación. Es decir, si «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por

---

<sup>507</sup> En esta misma línea, Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., pp. 336 y 337. Según este autor, esta sería la dirección seguida en Alemania, donde «anteponen los apoderamientos especiales al general, y en tal sentido se contemplan unas facultades precisas o habilitaciones legales específicas que tipifican la actuación policial en sus actividades estándar».

personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». Dado que el precepto se refiere a «instancia nacional», en dicho concepto debemos entender comprendidos tanto los controles administrativos como judiciales<sup>508</sup>.

#### 6.1 El control administrativo del respeto a los derechos fundamentales en la actividad administrativa de interceptación

Como hemos destacado con anterioridad, la naturaleza material de la actividad de vigilancia supone una complicación desde el punto de vista del control de su adecuación a Derecho. Ello es especialmente patente en lo que respecta al control administrativo, ya que la forma ordinaria de controlar a la Administración en vía administrativa, los recursos administrativos, no resulta aplicable en este ámbito precisamente por encontrarnos con actuaciones materiales de la Administración, no con actos administrativos. Por ello, como veremos a continuación, el control administrativo del ejercicio de la mencionada potestad queda reducido a lo que podría considerarse un control administrativo “indirecto”, pues solo entra a analizar la ilegalidad de la actuación de la Administración en el seno de procedimientos que, en rigor, tienen un objeto distinto: sancionar y reconocer la producción de un daño que no se tiene el deber de soportar.

##### 6.1.1 El régimen disciplinario

Pese a que no se trata de una vía de recurso disponible para los migrantes afectados por una medida de interceptación, entendemos que es necesario hacer referencia a esta forma de control por parte de la Administración del personal a su servicio. En el caso de España, donde sabemos que las funciones de vigilancia son desempeñadas por la Guardia Civil, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC) tipifica como falta muy grave «La obstaculización grave del ejercicio de los derechos fundamentales o de las libertades públicas» (artículo 7.5 LORDGC) y como falta grave «El impedimento, la dificultad o la limitación a los ciudadanos, a los subordinados o a las entidades con personalidad jurídica, del ejercicio de los derechos que tengan reconocidos» (artículo 8.3 LORDGC)<sup>509</sup>. Como consecuencia, en el caso de

---

<sup>508</sup> Así lo declaró el Tribunal de las Comunidades Europeas en la STEDH de 6 de septiembre de 1978, *Klass y otros c. Alemania*, ap. 67, entre otras.

<sup>509</sup> En el caso de España, con carácter general, el artículo 53.4 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP) establece que la conducta de los empleados públicos «se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Como consecuencia, el artículo 95.2.a) TREBEP tipifica como falta disciplinaria muy grave «a) El

que una medida de interceptación provocara la vulneración de alguno de los derechos fundamentales analizados en epígrafes previos, correspondería al Ministerio del Interior, del que depende orgánica y funcionalmente la Guardia Civil, iniciar el correspondiente expediente disciplinario y depurar las responsabilidades oportunas. Aunque el procedimiento disciplinario es iniciado de oficio, su iniciación puede traer causa de la previa denuncia interpuesta por los migrantes cuyos derechos fundamentales hayan resultado afectados por una medida de interceptación concreta.

#### 6.1.2 Reclamación de responsabilidad extracontractual a la Administración

Al contrario que el procedimiento disciplinario, el procedimiento de responsabilidad patrimonial sí puede ser iniciado a instancia de parte (artículo 67 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC). De acuerdo con las reglas del ordenamiento jurídico español, la responsabilidad patrimonial de la Administración no se puede exigir directamente ante los órganos judiciales, sino que debe reclamarse en primer lugar ante la Administración supuestamente responsable. En concreto, en los casos objeto de análisis en este Capítulo sería necesario dirigirse contra la Administración General del Estado, en la cual se encuentra inserto el Ministerio del Interior. Por otra parte, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración será necesario que concurren los siguientes requisitos, recogidos en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP): la existencia de una lesión resarcible, una actuación imputable a la Administración y una relación de causalidad entre la lesión y la actuación administrativa<sup>510</sup>.

Centrándonos en el primero de los requisitos, ha de tratarse de un daño que quien lo sufra «no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley». Es decir, tiene que tratarse de un daño antijurídico<sup>511</sup>. Para valorar la antijuridicidad del daño, la CDFUE, el CEDH y los demás textos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (así como la interpretación que de los mismos hayan hecho el TEDH y el TJUE)

---

incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública».

<sup>510</sup> Concretamente, el artículo 32.1 LRJSP, en consonancia con el artículo 106.2 CE, establece que «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

<sup>511</sup> Además, en virtud del artículo 32.2 LRJSP «el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

constituyen los parámetros esenciales de referencia en el ámbito objeto de estudio. De esta forma, si la medida de interceptación en cuestión vulnera alguno de los derechos reconocidos en los mencionados instrumentos, el daño podría calificarse como antijurídico.

En lo que respecta a la existencia de un nexo causal entre la lesión y la actuación administrativa, es posible que en los casos objeto de análisis se valore la culpa de la víctima como elemento moderador de la responsabilidad de la Administración y, por tanto, de la indemnización. Piénsese que nos encontramos en situaciones en las que el migrante decide cruzar ilegalmente la frontera, a sabiendas de la irregularidad de su comportamiento. Ahora bien, según la jurisprudencia en esta materia, la intervención de la culpa de la víctima no exime de la indemnización si la actuación policial es desproporcionada<sup>512</sup>. Teóricamente distinta a este tipo de responsabilidad extracontractual sería la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Como afirma BARCELONA LLOP «Conforme al esquema general, la culpa de la víctima no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración si el servicio público ha funcionado anormalmente, aplicándose entonces el criterio de la llamada compensación de culpas, determinante de la moderación del quantum indemnizatorio; lo mismo sucede, y debe suceder, en el caso de los servicios de policía» [Javier BARCELONA LLOP, «Coacción administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado y Convenio Europeo de Derechos Humanos (De la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009, caso Iribarren Pinillos contra España)», *Revista de Administración Pública*, n.º 179, 2009, p. 201]. Esta interpretación se ve reforzada por la interpretación desarrollada en la STEDH de 27 de julio de 1998, *Güleç contra Turquía*, as. 21593/93, en la cual el TEDH sentenció que la acción de las fuerzas del orden que se enfrentan a manifestaciones ilegales o tumultos callejeros infringe el Convenio si es desproporcionada.

<sup>513</sup> El principio de responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE. En la pionera sentencia *Francovich*, el TJUE situó la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión al nivel de los principios de efecto directo y primacía, catalogándolo como el corolario del sistema de relaciones interordinamentales (STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, aps. 35 y 36). El Tribunal encontró sustento legal a la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión en el hecho de que los Tratados declaran la obligación que recae sobre los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias «para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones de la Unión» (artículo 4.3.2º TUE). Posteriormente, en *Brasserie du Pêcheur* se sentaron los tres requisitos generales para que surja aquella (STJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie y The Queen*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ap. 51). En primer lugar, debía existir una infracción del ordenamiento europeo vinculada a normas destinadas a conferir derechos a los particulares. En segundo lugar, el incumplimiento debía consistir en una «violación suficientemente caracterizada». Y, por último, debía haber una relación de causalidad directa entre la infracción o incumplimiento y el daño. Sobre esta materia *vid.*, por todos, Edorta COBREROS MENDAZONA, *Responsabilidad Patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015. Teniendo en cuenta la jurisprudencia citada, podría darse el caso de que una de las medidas de interceptación diera lugar a responsabilidad patrimonial de un Estado por incumplimiento de la CDFUE (por ejemplo, del principio de no devolución del artículo 19.2 CDFUE). Muy probablemente, la constatación previa de responsabilidad disciplinaria facilitaría el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Pese a todo ello, dado que, al menos en el caso de España, resultaría más fácil constatar la concurrencia de los requisitos del régimen

La resolución administrativa por la que se pone fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial es plenamente controlable por los jueces de lo contencioso-administrativo<sup>514</sup>.

## 6.2 El control judicial del respeto a los derechos fundamentales frente a la actividad de interceptación

En virtud del artículo 47 CDFUE «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo»<sup>515</sup>. A nuestro entender, el contenido del derecho a un recurso efectivo en la CDFUE es más ventajoso y garantista para los afectados por una determinada actuación administrativa que el del CEDH, ya que aquella requiere la vigencia de las garantías propias del sistema judicial (objetividad, imparcialidad e independencia). No obstante, conviene aclarar que este plus de garantías de la CDFUE no es incompatible con sistemas de control de actuaciones administrativas, como el francés, en los que los órganos de control no son jueces pero se respetan las mencionadas garantías inherentes al control judicial (*Conseil d'État*).

Aunque la naturaleza material de las medidas de interceptación llevadas a cabo por las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza impida su control directo en vía administrativa, las mismas son fiscalizables por los órganos jurisdiccionales<sup>516</sup>. Simplemente, los efectos de declarar su contradicción con el ordenamiento jurídico son distintos de los que se derivan de la misma operación en el caso de la actividad jurídica. Como afirma HUERGO LORA, las categorías de invalidez e ineficacia no son adecuadas para las actuaciones materiales, en cuyo caso la ilegalidad no hace desaparecer los efectos que causen (piénsese en cualquier medida de compulsión sobre las personas de las

---

general de responsabilidad patrimonial establecido en las Leyes 39/2015 y 40/2015, los denunciantes optarían por esta vía.

<sup>514</sup> También cabría reclamar judicialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento del Derecho de la Unión. En concreto, por incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos por la CDFUE susceptibles de ser vulnerados por alguna medida de interceptación.

<sup>515</sup> De conformidad con el artículo 47 CDFUE «(...) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

<sup>516</sup> Afirman Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 833, que «la coacción administrativa es (...) una manifestación jurídica de la Administración y por ello resulta sometida a la misma regla de la legalidad que las restantes manifestaciones de la misma».

analizadas en epígrafes previos), sino que las pretensiones están dirigidas a que cese la actividad, a que se reparen sus efectos o a que se restablezca la legalidad<sup>517</sup>.

#### 6.2.1 El control judicial ejercido por los Tribunales españoles

En el caso concreto de España, son tres las vías de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a la actividad material de la Administración: el recurso contencioso administrativo ordinario (contra la vía de hecho), el recurso especial para la protección de los derechos fundamentales (también contra la vía de hecho) y el recurso de amparo ante el TC.

##### *a) Recurso contencioso administrativo contra actuaciones materiales de la Administración/Vía de hecho*

El mecanismo contencioso-administrativo habilitado por el legislador para controlar la actividad material de la Administración es el denominado recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho. De conformidad con el artículo 25.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) «También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y *contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley*». Para GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, vía de hecho es toda actuación material que no esté cubierta por un acto administrativo previo<sup>518</sup>. En nuestra opinión, esta concepción no es del todo adecuada si se quiere utilizar este recurso como vía para impugnar todo tipo de actuaciones materiales de la Administración, ya que algunas de ellas, por su propia naturaleza y finalidad, no precisan cobertura de un acto administrativo previo<sup>519</sup>. Es el caso de la coacción directa, que, como hemos defendido en este capítulo, no precisa que la preceda un acto administrativo. De hecho, y según expusimos más atrás, se ha negado la naturaleza de acto administrativo de las órdenes que preceden la compulsión sobre las personas en el contexto de la actividad administrativa de interceptación. Por ello, estamos más en línea con aquellos autores que definen la vía de hecho como toda actuación material de la Administración «contraria al ordenamiento jurídico»<sup>520</sup>. De hecho, esta parece ser la interpretación más conforme con

---

<sup>517</sup> Alejandro HUERGO LORA, «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», cit., pp. 8 y 9.

<sup>518</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 856.

<sup>519</sup> Alejandro HUERGO LORA, «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», cit., p. 6.

<sup>520</sup> *Ibidem.*, p. 5.

la Exposición de Motivos de la LJCA, conforme a la cual «Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase». En conclusión, entendemos que el recurso contra las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho prosperará en aquellos casos en los que una actuación material de la Administración sea considerada por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos como contraria al ordenamiento jurídico, independientemente de que cuente o no con la cobertura de un acto administrativo o incluso de una norma. Como consecuencia, vía de hecho sería la calificación jurídica que reciben las actuaciones materiales contrarias al ordenamiento jurídico<sup>521</sup>.

En los casos objeto de análisis, la adecuación de la medida de interceptación al ordenamiento jurídico deberá analizarse tomando como referencia su título habilitante (ya sea éste el CFS 2016, la CNUDM, un acuerdo bilateral, una ley o un reglamento nacional) y el acervo relativo a la protección de los derechos fundamentales. En relación con estos últimos, dado que no son absolutos, en la práctica judicial el principio de proporcionalidad se erige como el principal baremo para determinar si una medida de interceptación concreta constituye una vía de hecho o no. Su importancia en este ámbito se refleja en el artículo 5.2.c) LOFCSE, conforme al cual las FCSE «deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y *proporcionalidad* en la utilización de los medios a su alcance»<sup>522</sup>. Sin embargo, coincidimos con BARCELONA LLOP en que en estos casos no se trata de aplicar el clásico test de proporcionalidad desglosado en tres juicios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), dado «que las circunstancias que suelen rodear el empleo de la fuerza policial impiden materialmente que los agentes dispongan del sosiego

---

<sup>521</sup> Para evitar que queden actuaciones materiales exentas de control, la alternativa a este concepto amplio de vía de hecho es suprimir la mención a esta institución jurídica en el artículo 25 LJCA y que su objeto quede circunscrito al control de la actividad material de la Administración.

<sup>522</sup> En la misma línea, el artículo 37 del Código Europeo de Ética de la Policía, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 2001. En virtud del mismo, «la policía sólo puede recurrir a la fuerza en caso de absoluta necesidad, y únicamente en la medida necesaria para conseguir un objetivo legítimo». El precepto ha sido interpretado por el propio Código Europeo en el sentido de que «la fuerza utilizada debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se pretende conseguir. Es necesario hallar un justo equilibrio entre el empleo de la fuerza y la situación en la que se utiliza (...). El derecho interno y las reglamentaciones nacionales deberían contener disposiciones sobre el recurso a la fuerza fundadas sobre los principios de necesidad y de proporcionalidad».

imprescindible para aplicar el test»<sup>523</sup>. De hecho, el TC ha señalado que la proporcionalidad aludida en el mencionado precepto de la LOFCSE tiene un significado distinto y más genérico que la del mencionado test<sup>524</sup>. El análisis en aquellos casos se reduciría a determinar «si el lanzamiento de la fuerza sirvió a la consecución legal de un fin legítimo y a si, a la vista de la situación real, fue o no excesivo»<sup>525</sup>. Como sugiere AGIRREAZKUENAGA, cuando triunfan este tipo de recursos contra las actuaciones de las FCSE por desproporcionadas es porque «no puede escudarse la actuación material en la urgencia circunstancial y teleológica que motive y haga necesario el empleo inmediato de la fuerza»<sup>526</sup>.

En cuanto a las pretensiones, el demandante podrá requerir que la actuación se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten medidas adecuadas para el restablecimiento de la legalidad, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios causados (artículos 31.2 y 32.2 LJCA). Entendemos que, en aquellos casos en los que la medida de interceptación hubiera implicado la devolución de la persona recurrente a un tercer Estado, el restablecimiento de la legalidad podría suponer su retorno a España.

Por último, desde un punto de vista procesal, conviene destacar que «En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo» (artículo 30 LJCA). Pese a la aparente brevedad de los plazos, al no precisarse el existente para formular requerimiento previo, parece que la posibilidad de recurrir la vía de hecho se encuentra siempre abierta pues, en teoría, el requerimiento puede formularse mientras permanezca la situación de vía de hecho.

---

<sup>523</sup> Javier BARCELONA LLOP, «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en Tomás QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1817.

<sup>524</sup> STC 37/1998, de 17 de febrero.

<sup>525</sup> Javier BARCELONA LLOP, «Coacción administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado y Convenio Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 206.

<sup>526</sup> Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 393.



*b) Recurso de amparo y recurso especial para la protección de los derechos fundamentales.*

En virtud del artículo 53.2 CE «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». En aplicación de este precepto, la LJCA ha previsto en sus artículos 114 y siguientes un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, el cual constituye una vía complementaria al recurso contencioso administrativo ordinario (en nuestro caso, contra la vía de hecho) en este ámbito. Aunque las pretensiones del recurrente son las mismas que en aquel (reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica reclamada, la declaración del cese de la vía de hecho y el reconocimiento del derecho a la reparación de daños y perjuicios) y ambas vías pueden activarse de forma simultánea, a los efectos de este estudio conviene destacar algunas diferencias entre ambos.

El procedimiento especial tiene un carácter preferente y sumario con respecto al recurso ordinario. Ello, según BUENO ARMIJO, se traduce en una «protección añadida», dado que permite «dispensar una tutela judicial más rápida que los procedimientos ordinarios»<sup>527</sup>. Sin embargo, aunque esta última característica lo haga más atractivo que el recurso ordinario frente a la vía de hecho del artículo 30 LJCA, la brevedad y complejidad del plazo para interponer el recurso especial equilibra la idoneidad de ambos instrumentos<sup>528</sup>.

Aunque del artículo 115 LJCA se desprenda que la vía de hecho puede ser objeto de impugnación mediante el procedimiento especial, otra circunstancia que resta atractivo al mismo es que los motivos que pueden fundamentar la *causa petendi* son considerablemente más reducidos que en el caso del recurso ordinario. En nuestro caso, el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales únicamente podría hacerse valer para controlar las medidas de interceptación que pudieran suponer vulneraciones de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 a 29 CE.

---

<sup>527</sup> Antonio BUENO ARMIJO, «El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», en Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO, *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 595.

<sup>528</sup> En relación con la absurdamente compleja determinación de los plazos para la interposición de este recurso en los casos de vía de hecho, *vid.* Antonio BUENO ARMIJO, «El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», *cit.*, pp. 618 y 619.

En dichos preceptos se encuentran comprendidos el principio de no devolución, que entendemos subsumido vía artículo 10.2 CE en el artículo 15 CE (de acuerdo con la interpretación del TEDH en relación con el artículo 3 CEDH), y el derecho a un recurso efectivo (artículo 24 CE), el cual puede ser objeto de una vulneración refleja como consecuencia de las medidas de interceptación llevadas a cabo por las autoridades competentes en materia de vigilancia<sup>529</sup>. Por último, dada la consideración del principio de prohibición de expulsiones colectivas como medio para garantizar el derecho a un recurso efectivo (*vid.* Epígrafe 5.5.2 de este Capítulo), su vulneración también podría ser objeto de este recurso especial vía artículo 24 CE. Más difícil sería alegar como motivo de recurso la vulneración del derecho de asilo ya que, pese a estar contemplado en la CDFUE, no encuentra un reconocimiento análogo en el Capítulo II del Título I de la CE. En el caso de vulneración de este derecho como consecuencia de la actividad administrativa de interceptación, el recurrente debería acudir a la vía del recurso contencioso-administrativo ordinario contra la vía de hecho. Como consecuencia, habrá vulneraciones de derechos fundamentales derivadas de la actividad administrativa de interceptación atacables por las dos vías y otras que únicamente podrán ser recurribles por la vía del recurso ordinario.

Finalmente, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a las actuaciones materiales de la Administración se completa con el recurso de amparo. En virtud del artículo 43.1 LOTC «Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos [artículos 14 a 29 CE] originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o *simple vía de hecho* del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, (...) podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente». En el ámbito objeto de este estudio, el agotamiento de la vía judicial procedente se produce con la resolución del recurso ordinario contra la vía de hecho o con la del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, según corresponda. Los motivos de impugnación son los mismos que los del segundo [vulneración de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 a 29 CE], por lo que las medidas de interceptación recurribles serán las mismas que en aquel caso.

---

<sup>529</sup> El artículo 10.2 CE establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

### 6.2.2 El control judicial ejercido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

El principio de cooperación leal entre los Estados miembros y la Unión Europea explica que los Tratados declaren la obligación que recae sobre dichos Estados de adoptar todas las medidas necesarias «para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones de la Unión» (artículo 4.3.2º TUE). Por ello es lógico que el TFUE prevea mecanismos para controlar el cumplimiento de esas obligaciones. El principal de estos mecanismos es el recurso por incumplimiento, regulado en los artículos 258 a 260 TFUE.

En lo que respecta al concepto de incumplimiento, el artículo 258 TFUE habla de violación de «una de las obligaciones que le incumben [a cada Estado miembro] en virtud de los Tratados», lo que se ha interpretado en el sentido de que las fuentes de las obligaciones que pueden incumplir los Estados son las normas de Derecho originario, como la CDFUE, pero también el Derecho derivado, como los actos vinculantes de las Instituciones, los acuerdos y normas internacionales que obligan a la Unión Europea, así como las sentencias del TJUE e incluso los principios generales del Derecho<sup>530</sup>. El principal efecto de la sentencia condenatoria que resulte del procedimiento es el obligado cumplimiento de la misma, para lo cual el Estado miembro afectado está obligado a adoptar, según los propios términos del artículo 260 del TFUE, las medidas necesarias para su ejecución. La naturaleza meramente declarativa de la sentencia dictada motivó la articulación de un nuevo procedimiento ante el TJUE para recurrir la falta de adopción de tales medidas. De acuerdo con el artículo 260.2 TFUE, «Si el Tribunal declarar que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva»<sup>531</sup>.

En lo que interesa a este trabajo, el principal problema que presenta el recurso por incumplimiento es que la legitimación activa la ostentan, con carácter casi exclusivo, la Comisión (artículo 258 TFUE) y los Estados miembros (artículo 259 TFUE). Ello impide que una persona física cuyos derechos hayan sido vulnerados en el marco de una operación de vigilancia pudiera dirigirse directamente al TJUE para solicitar la declaración de incumplimiento de la CDFUE por parte del Estado miembro en cuestión.

---

<sup>530</sup> STCE 5 de mayo de 1981, *Comisión/Reino Unido*, as. C-804/79, ap. 43.

<sup>531</sup> Sobre el procedimiento previsto por el artículo 260 TFUE, *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «La multa coercitiva y la suma a tanto alzado en el recurso por inexecución de sentencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 92, 2015, pp. 140-143.

Las personas físicas y jurídicas únicamente se encuentran en situación de denunciar el hecho ante la Comisión (o ante otro Estado miembro) para que esta, en su caso, inicie el procedimiento de incumplimiento<sup>532</sup>. Transcurridas más de tres décadas desde el inicio de los flujos migratorios hacia la Unión Europea provenientes de África y aproximadamente quince años desde la creación de la Agencia Frontex, y pese a haberse constatado la vulneración de derechos humanos por parte de los Estados miembros en ejecución del artículo 13 CFS 2016 (STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*)<sup>533</sup>, la Comisión Europea no ha hecho uso de este recurso en ninguna ocasión.

#### 6.2.3 El control judicial ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la aplicación del CEDH a actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión

Como hemos anticipado, teniendo en cuenta que la actividad administrativa de interceptación llevada a cabo por los Estados miembros en sus respectivas fronteras constituye una ejecución del artículo 13 CFS 2016, cabe preguntarse si las mismas son controlables por el TEDH, ya que se trata de la ejecución de un mandato de la Unión Europea, la cual no se ha adherido al CEDH. Debe aclararse que, en determinadas ocasiones, el TEDH se ha declarado incompetente *ratione personae* para conocer de un determinado asunto porque los hechos puestos bajo su conocimiento eran consecuencia de la ejecución de un mandato de una organización internacional que no estaba adherida al CEDH. En concreto, nos referimos al caso *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*<sup>534</sup>. En estos dos asuntos (acumulados) los recurrentes alegaban vulneraciones de los artículos 2, 5 y 13 CEDH por parte de Francia, Alemania y Noruega, en calidad de miembros de la UNMIK (*UN Mission in Kosovo*)<sup>535</sup>. No obstante, los dos recursos fueron declarados inadmisibles por considerar el tribunal que los Estados se encontraban ejecutando un mandato del Consejo de Seguridad de la ONU,

---

<sup>532</sup> Cabe destacar que la Comisión no está obligada a iniciar el recurso por incumplimiento aunque tenga claros indicios de incumplimiento por parte de un Estado miembro y aunque se hayan presentado denuncias.

<sup>533</sup> La STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, as. 27765/09, condena a Italia por devolver a Libia a once ciudadanos somalíes y trece ciudadanos eritreos tras ser rescatados en alta mar. En concreto, el TEDH estimó que la actuación de las autoridades italianas suponía una vulneración del artículo 3 CEDH (en concreto, del principio de no devolución derivado del mismo), del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH (prohibición de expulsiones colectivas) y del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo).

<sup>534</sup> Decisión de admisibilidad *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* de 2 de mayo de 2007, as. acumulados 71412/01 y 78166/01.

<sup>535</sup> El caso *Behrami* versaba sobre la muerte de dos chicos debido a la explosión de una mina de las fuerzas francesas desplegadas en Kosovo y el caso *Saramati* denunciaba el internamiento del sr. Saramati por las fuerzas alemanas y noruegas desplegadas en el mismo país.

por lo que «los actos eran atribuibles a la Naciones Unidas» (ap. 141). Según el TEDH, la clave en estos casos había sido que el Consejo de Seguridad retenía la autoridad y control de la operación, siendo el comando operativo únicamente una delegación<sup>536</sup>. En definitiva, puede afirmarse que cuando los Estados parte del CEDH están ejecutando un mandato impuesto por una organización internacional, el criterio que determina la aplicación del CEDH no es tanto el control efectivo como «el control y autoridad últimos»<sup>537</sup>.

Sin embargo, en lo que interesa a este trabajo, desde el caso *Mathews* el TEDH abrió una vía indirecta de revisión del Derecho comunitario, al admitir que el Reino Unido había incurrido en una violación del artículo 3 del Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos al incorporar a su ordenamiento jurídico el Acta Electoral Europea y no permitir el ejercicio del derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos británicos residentes en Gibraltar<sup>538</sup>. Pese a que el Estado miembro intentó evadir su responsabilidad derivando la misma a la Unión Europea, finalmente fue considerado responsable porque la transferencia de competencias a favor de la Unión no podía tener por efecto eximir a los Estados de su responsabilidad en lo que se refiere a la garantía de los derechos consagrados por el Convenio. De acuerdo con el TEDH, los Estados son responsables de las consecuencias de los tratados suscritos por ellos después de haberse comprometido a respetar las obligaciones que se contienen en el Convenio y sus Protocolos (STEDH *Mathews c. Reino Unido*, aps. 32 y ss.).

El control ejercido por el CEDH sobre las actuaciones de los Estados en ejecución del Derecho de la Unión fue posteriormente precisada. En el caso *Bosphorus Airlines*, una compañía de aviación turca demandó a Irlanda ante el TEDH porque consideraba que el embargo de una de sus aeronaves vulneraba el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH

---

<sup>536</sup> *Ibidem*, aps. 132 y 133.

<sup>537</sup> Sin embargo, conviene aclarar que no siempre que los Estados actúan en el contexto de misiones de las Naciones Unidas el TEDH se ha declarado incompetente. En la STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, as. 27021/08, se juzgaba una posible vulneración del artículo 5 CEDH por la detención del sr. Al-Jedda por parte de las fuerzas armadas británicas en Iraq. En este caso, el tribunal entendió que «El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no tenía ni el control efectivo ni la última autoridad y control sobre los actos y omisiones de las tropas en las fuerzas multinacionales» (ap. 84), y ello pese a que la presencia de las fuerzas multinacionales en Iraq fue autorizada por una Resolución del Consejo de Seguridad en 2004. En el mismo sentido, se podría traer a colación el caso *Jaloud c. Países Bajos* de 20 de noviembre de 2014, n.º 47708/08, en el que el TEDH consideró que la muerte de una iraquí por los disparos recibidos cuando su coche pasaba por un *Check Point* controlado por Países Bajos en Iraq atraía la jurisdicción de este último Estado en el sentido del artículo 1 CEDH.

<sup>538</sup> STEDH de 10 de febrero de 1999, *Mathews c. Reino Unido*, as. 24833/1994.

(relativo a la protección de la propiedad)<sup>539</sup>. La decisión de las autoridades irlandesas se había tomado sobre la base de un Reglamento de la Unión. Al verificar que la medida litigiosa había sido aplicada por las autoridades irlandesas, en su propio territorio y en virtud de una decisión del Ministro de Transportes, el TEDH se consideró competente *rationae loci*, *rationae personae* y *rationae materiae* (ap. 137). No obstante, pese a argumentar (igual que en *Matthews*) que un Estado no se podía liberar de las obligaciones que le incumbían en virtud del CEDH mediante la transferencia de funciones a una organización internacional, resolvió que el Estado demandado no había incurrido en responsabilidad por entender que los derechos fundamentales en cuestión ya estaban protegidos en la Unión Europea «de una manera que [podía] considerarse al menos equivalente a la que prevé el Convenio» (ap. 155). Así fue instaurada la cuestionada jurisprudencia de la «protección equivalente» del TEDH.

De esta jurisprudencia se infiere que la situación será diferente según que el Estado demandado tenga o no poder o margen de apreciación al aplicar el Derecho de la Unión, cuestión que el TEDH se atribuye la facultad de determinar, lo que exige que penetre en la interpretación del Derecho de la Unión y un ataque al monopolio del TJUE al respecto. Si dicho poder o margen de apreciación existe, el Estado miembro resultará plenamente responsable de sus actos respecto del CEDH. En caso contrario, no será responsable respecto del Convenio, a condición de que el Derecho de la Unión ofrezca una protección equivalente de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados<sup>540</sup>. De algún modo, la teoría de la «protección equivalente» parece ser un nuevo argumento del TEDH para no entrar a enjuiciar los casos en los que los Estados parte del Convenio no tengan margen de apreciación en cuanto a los poderes delegados por otro sujeto de Derecho Internacional.

Tomando como referencia esta jurisprudencia, cabe preguntarse si los Estados miembros tienen margen de apreciación respecto a la ejecución del artículo 13 CFS 2016, en cuyo caso las medidas de interceptación de los Estados podrían ser objeto de análisis por parte del TEDH o si, por el contrario, se trata de una aplicación directa del Derecho de la Unión, en cuyo caso el mencionado tribunal no podría entrar a valorar los hechos de

---

<sup>539</sup> STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, as. 45036/98.

<sup>540</sup> Carmen ANTÓN GUARDIOLA, «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, *Bosphorus Airways*, 45036/98- Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, septiembre/diciembre de 2007, p. 948.

acuerdo con la jurisprudencia de la protección equivalente. Pues bien, teniendo en cuenta que nos encontramos en un ámbito de competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros en el que existen importantes reservas a favor de las legislaciones nacionales en materia de orden público y seguridad interior, lo cual provoca una destacada vigencia del principio de autonomía procedimental e institucional en este ámbito, parece que habría que decantarse a favor de la existencia de un cierto margen de apreciación<sup>541</sup>.

Sin embargo, sucede que, por tener un ámbito de aplicación esencialmente territorial, el CEDH no siempre resultará aplicable a las medidas de interceptación llevadas a cabo por los Estados parte del Convenio cuando actúen fuera de sus territorios nacionales (v.gr., zona económica exclusiva, alta mar, mar territorial de terceros Estados). Dado que en capítulos posteriores se abordará pormenorizadamente el régimen jurídico aplicable a las concretas medidas de interceptación, será entonces cuando se determinará la aplicación concreta del CEDH a cada caso.

### 6.3 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

En palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional, «es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar»<sup>542</sup>. Sin embargo, no fue hasta el año 2002 cuando se produjo una codificación y desarrollo de la responsabilidad internacional. Nos referimos a la Resolución 56/83, de 28 de enero de 2002, mediante la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, ARI) elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y lo señaló a la atención de los gobiernos, «sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda»<sup>543</sup>. De conformidad con el artículo 2 ARI, «Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado».

---

<sup>541</sup> Para determinar si el CEDH resulta aplicable a las medidas de interceptación llevadas a cabo por los Estados miembros cuando actúan en el seno de una cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC es necesario conocer el régimen jurídico de tal cooperación. Por este motivo, la aplicabilidad del CEDH a las operaciones de vigilancia coordinadas por la Agencia GEFC será analizada en Capítulo VIII.

<sup>542</sup> Sentencia CPJI de 26 de julio de 1927, caso *Fábrica de Chorzów*, asunto n.º 8, p. 21.

<sup>543</sup> AG de las Naciones Unidas, Resolución 56/83, Considerando 3.

Como ha señalado CRAWFORD, «las normas sobre responsabilidad internacional podrían considerarse "normas secundarias"», pues su finalidad es proporcionar un «marco abarcador y general, en que se establecen las consecuencias del incumplimiento de una determinada obligación primaria»<sup>544</sup>. Adicionalmente, como se comprobará a lo largo de este trabajo, el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos tiene un importante valor hermenéutico en lo que respecta a la atribución de una determinada conducta a un Estado. Aunque el Proyecto contiene distintas formas de atribución de comportamiento, por su interés para esta investigación, destacaremos las reguladas en los artículos 4 y 6 ARI.

En virtud del artículo 4 ARI «1. Se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado». Tal y como aclara la propia Comisión de Derecho Internacional, el fundamento de esta atribución reside en el principio de unidad del Estado, conforme al cual «las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de responsabilidad internacional»<sup>545</sup>. Ahora bien, es importante destacar que la referencia a «órgano» contenida en el precepto tiene un sentido general, el cual es independiente de la concepción de «órgano» existente en el derecho interno de cada Estado. En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional aclara que el concepto empleado «se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de jerarquía (...) [y a] los funcionarios [superiores y subordinados] que actúen en calidad oficial»<sup>546</sup>.

De conformidad con el artículo 6 ARI, «Se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro

---

<sup>544</sup> James CRAWFORD, «Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009 [Disponible en: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ario/ario\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ario/ario_s.pdf) (Consultado por última vez el 18/08/2020)].

<sup>545</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones [A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)], p. 41.

<sup>546</sup> *Ibidem*, p. 42. En definitiva, con estas aclaraciones al artículo 4 ARI, la Comisión de Derecho Internacional pretendía impedir que un Estado pueda «eludir su responsabilidad por el comportamiento de una entidad que actúan en realidad como uno de sus órganos negando simplemente que tenga tal condición en su propio derecho» (*Ibidem*, p. 43).



Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra». En síntesis, el precepto establece que si el órgano de un Estado (en sentido amplio) es puesto a disposición de otro Estado, este último es el responsable de la conducta del citado órgano. La clave reside en determinar qué sentido y alcance tienen las palabras «poner a disposición». Según la Comisión de Derecho Internacional, la noción implica que «el órgano actúa con el consentimiento, bajo la autoridad y para los fines del Estado receptor (...) actu[ando] juntamente con los mecanismos de ese Estado y bajo su exclusiva dirección y control, más bien que en cumplimiento de las instrucciones del Estado que envía»<sup>547</sup>. En definitiva, es esencial el establecimiento de «vínculo funcional entre el órgano y la estructura o la autoridad del Estado receptor»<sup>548</sup>. Como tendremos ocasión de comprobar en el Capítulo VIII, esta norma de atribución tiene un importante valor hermenéutico en el marco de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia GEFC en las que los guardias fronterizos los Estados miembros participantes se ponen a disposición del Estado miembro anfitrión.

## **7. EL EVENTUAL ABUSO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERCEPTACIÓN**

Como hemos tenido ocasión de comprobar, hay determinados derechos que son especialmente susceptibles de ser vulnerados como consecuencia de la actividad administrativa de interceptación: el principio de no devolución, el de prohibición de expulsiones colectivas o el derecho a un recurso efectivo, entre otros. Adicionalmente, aunque no se haya hecho explícita referencia al mismo en esta sede, el derecho a la vida también es susceptible de vulneración como consecuencia de la transformación de operaciones de vigilancia en operaciones de salvamento marítimo (al respecto, *vid.* Capítulo VI).

Sin embargo, también sucede que algunos de estos derechos pueden ser susceptibles de ser ejercidos abusivamente por parte de los migrantes que entran o pretenden entrar irregularmente en la Unión Europea con la finalidad de obtener algún tipo de provecho. Piénsese, por ejemplo, en el caso (no hipotético) de una persona que

---

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 46.

trata de entrar irregularmente en el Espacio Schengen para prosperar económicamente y utiliza una embarcación de fortuna con la esperanza de ser rescatado y desembarcado en un Estado miembro evitando así la comprobación de las condiciones de entrada en los puestos fronterizos habilitados al efecto. Este tipo de situaciones y otras similares serán objeto de desarrollo pormenorizado en capítulos posteriores; no obstante, conviene dejar constancia de su existencia para comprender el análisis que a continuación se va a acometer. Análisis que en esta sede se reduce al planteamiento dogmático de la cuestión, sin entrar a analizar los pormenores de la casuística.

## 7.1 Excurso sobre el abuso de derecho

### 7.1.1 Origen, regulación y concepto del abuso de derecho

El abuso de derecho viene regulado en el artículo 7.2º del Código Civil (en adelante, CC). En virtud de dicho precepto «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia de dicho abuso». Debe tenerse en cuenta que, como afirma LÓPEZ GONZÁLEZ (parafraseando a BASSOLS), históricamente el Título Preliminar de los códigos civiles (especialmente los que siguen el modelo francés) «ha cumplido una función importantísima de carácter cuasi-constitucional, considerándose que en los mismos se contenían principios fundamentales y preliminares a toda la legislación»<sup>549</sup>. Por tanto, pese a su localización sistemática, la figura del abuso de derecho puede ser apreciable en cualquier sector del ordenamiento jurídico, no solo en el ámbito del Derecho privado.

Según la doctrina jurídica, la figura del abuso de derecho surge en la primera mitad del s. XX como reacción frente a, y como corrección de, dos rasgos jurídico-culturales de la época: «la concepción según la cual la ley contiene reglas que predeterminan la solución en todos los casos posibles sin que en la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez» (también denominado formalismo jurídico) y el absolutismo de los derechos, representado por la premisa *qui iure suo utitur*

---

<sup>549</sup> José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ, «El fraude de ley en la Administración», en Francisco SOSA WAGNER, *El Derecho Administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1404.

*neminem laedit* (quien ejerce su derecho no daña a nadie) que, «referida sobre todo al derecho de propiedad, veía en este un poder absoluto»<sup>550</sup>. Es decir, la figura del abuso de derecho nace cuando el ordenamiento jurídico pierde el encorsetamiento propio de sus orígenes y se comienza a efectuar una labor hermenéutica que tiene en cuenta la finalidad de sus normas y los valores en los que se fundamentan, más allá de una interpretación exclusivamente literal de las mismas. Es precisamente esa toma en consideración de los valores subyacentes al ordenamiento jurídico lo que provoca que una acción *prima facie* permitida sea considerada, teniendo en cuenta todos los demás elementos, prohibida. Dicha transformación viene provocada porque la norma abarca casos que no debería abarcar; es decir, resulta, en terminología de SCHAUER, *supraincluyente*<sup>551</sup>.

Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores, la institución del abuso de derecho puede definirse, siguiendo a ATIENZA y MANERO, como «un mecanismo de autocorrección del Derecho (...), de corrección del alcance de las reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas»<sup>552</sup>. En conclusión, se trata de una «divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema»<sup>553</sup>.

#### 7.1.2 Las condiciones de aplicación del abuso de derecho. Especial referencia al motivo legítimo.

Como se ha destacado anteriormente, los supuestos de abuso de derecho constituyen situaciones en las que se produce una falta de toma en consideración de los principios y valores subyacentes al ordenamiento jurídico, de forma tal que las reglas del

---

<sup>550</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 34, y Mónica SIOTA ÁLVAREZ, «Analogía y fraude a la Ley Tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 139, 2008, p. 523.

<sup>551</sup> Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, *apud* Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 59.

<sup>552</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 59. En el mismo sentido *vid.* José Luis MORENO PÉREZ, «Estudio preliminar. Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales», en Louis JOSSELAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, Comares, Granada, 2012, p. 18, que habla del abuso de derecho como «válvula de seguridad que permite la adecuación de los derechos a las exigencias de los principios jurídicos y valores superiores consagrados en el ordenamiento jurídico».

<sup>553</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 59.

sistema posibilitan una determinada acción sin tener en cuenta que, de acuerdo con dichos valores y principios, la acción en cuestión debería resultar prohibida.

La jurisprudencia española, tomando como referencia la STS de 14 de febrero de 1944, ha considerado como «abusiva» toda acción en la que se den conjuntamente las siguientes circunstancias: a) «uso de un derecho subjetivo o externamente legal», b) «daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica» y c) «inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el sujeto actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)».

De las tres condiciones establecidas por la jurisprudencia, la que a nuestro juicio merece más atención es la última de ellas ya que, si bien es fácil identificar una situación que contemple el ejercicio de un derecho (condición primera) y que dicho ejercicio provoque un daño (condición segunda)<sup>554</sup>, más difícil es valorar si dicho daño deriva de un ejercicio anormal del derecho. En definitiva, se puede afirmar que el mayor problema que presenta el abuso de derecho es el de determinar cuándo el ejercicio de un derecho es anormal o, como dispone el artículo 7.2º del CC, cuándo una acción u omisión «por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se reali[zan] sobrepas[an] manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho».

De entre las distintas teorías que han abordado este requisito, la que ha terminado por asentarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mayoritarias es la teoría finalista. Según esta última «el uso del derecho degenera en abuso cuando el derecho se ejerce contradiciendo su finalidad»<sup>555</sup>. El principal valedor y representante del criterio finalista fue Étienne Louis JOSSERAND, quien, según MORENO PÉREZ, entiende que «en una sociedad organizada, los derechos subjetivos son derechos-función; y como tales, deben mantenerse en el plano de la función a la que corresponden, pues en otro caso su titular comete una desviación del fin, un abuso de derecho, que lo desnaturaliza»<sup>556</sup>. Para

---

<sup>554</sup> Conviene destacar que la jurisprudencia ha admitido la apelación al abuso de derecho para evitar daños futuros y previsibles. En este sentido, la STS de 9 de marzo de 1961 establece que «puede referirse tanto a daños producidos (con carácter reparatorio) como a los futuros y previsibles (...)».

<sup>555</sup> José Luis MORENO PÉREZ, «Estudio preliminar. Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales», cit., p. 10.

<sup>556</sup> *Ibidem*. En el mismo sentido, Ernest PORCHEROT, *De l'abus du droit*, L. Venot, Dijon, 1901, p. 215, *apud* Louis JOSSERAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, cit., p. 233, afirmaba que «se abusa del derecho cuando, permaneciendo en sus límites, se persigue un fin diferente al tomado en consideración por el legislador».

el filósofo francés, la razón de ser del abuso de derecho es «asegurar el triunfo del espíritu de los derechos» y hacer reinar la justicia, no solamente en los textos legales y en las fórmulas abstractas, sino también en su aplicación<sup>557</sup>. En definitiva, se trata de realzar la coherencia del ejercicio del derecho con la finalidad que impulsó su reconocimiento. Ello nos permite conectar el ejercicio de un derecho concreto con principios generales del derecho como el de buena fe, tal y como señalamos en la definición de la institución dada al inicio de este epígrafe.

Dado que el fin, el espíritu o la finalidad del derecho son conceptos jurídicos indeterminados que no permiten concretar las condiciones necesarias para calificar el ejercicio de un derecho como abusivo, el criterio finalista se cimienta sobre la noción de «motivo legítimo». Con este nos referimos a un motivo adecuado al espíritu y misión del derecho. No obstante, dado que en el abuso de derecho la carga de la prueba corresponde al actor o víctima del abuso (en el caso de relaciones entre privados) o sobre la Administración (en el caso de abuso de derechos públicos subjetivos), en la práctica a esta última le es más fácil demostrar que el titular del derecho obró obedeciendo a un motivo ilegítimo que probar negativamente la existencia de un motivo legítimo. De entre los motivos ilegítimos JOSSERAND destaca la colusión o concierto fraudulento, el fraude a la ley, el dolo, la intención de dañar y, en general, la mala fe. Alguno de estos motivos ilegítimos, concretamente el de fraude de ley, será fruto de un análisis pormenorizado con posterioridad.

### 7.1.3 Consecuencias de la apreciación del abuso de derecho

En virtud del artículo 7.2º CC «Todo acto u omisión que por la intención de su autor, (...) sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, *dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso*».

Tal y como se deriva del precepto reproducido, ante la existencia de un daño a un tercero provocado por el ejercicio anormal (o contrario a su finalidad) de un derecho, el damnificado puede solicitar la correspondiente indemnización y la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso. DÍEZ-PICAZO señala acertadamente que el precepto no concreta cuáles pueden ser estas medidas. Según el autor, las primeras «tendrán que consistir en una resolución judicial, en forma de

---

<sup>557</sup> Louis JOSSERAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, cit., pp. 217 y ss.

sentencia, en la que se contenga una condena de hacer o no hacer». En cuanto a las medidas administrativas, opina el civilista que «la norma del Código Civil es de mera remisión y que, por ello, la autoridad administrativa solo tendrá legitimación competencial cuando se la atribuyan las leyes administrativas»<sup>558</sup>.

Las anteriores consecuencias del abuso de derecho pueden ser calificadas como las «normales», las «habituales» o inherentes a la figura, al menos desde la perspectiva del Derecho privado y de las relaciones entre privados. No obstante, hay ocasiones en las que no existe un daño o es muy difícil su cuantificación por producirse a toda la colectividad. En el primero de los casos también DÍEZ-PICAZO señala que, aunque no exista daño efectivo, el acto puede seguir considerándose abusivo y producir otro tipo de consecuencias jurídicas tales como que la ley prive al titular de su amparo; que no entre en juego la exclusión de la antijuridicidad cuando el acto abusivo es dañoso; o el otorgamiento al sujeto pasivo del abuso de una pretensión de cesación dirigida a obtener la terminación de la situación abusiva o vejatoria<sup>559</sup>. Por otra parte, en el caso particular de que las consecuencias del ejercicio abusivo las haya sufrido la colectividad puede resultar muy difícil determinar el destinatario de la indemnización. Por ello, GONZÁLEZ BOTELLA señala que «las dificultades para valorar el daño producido obligan a sustituir la indemnización por la supresión del derecho perturbador»<sup>560</sup>, lo cual entendemos que puede materializarse en una actuación administrativa de las contempladas (pero no concretadas) en el artículo 7.2º del CC tales como la imposición, incluso forzosa, del cese del actividad o un restablecimiento de la legalidad vulnerada mediante el abuso.

#### 7.1.4 El abuso de los derechos fundamentales

Teniendo en cuenta que en Capítulos sucesivos se va a analizar la posibilidad de que determinados derechos (como el derecho a la vida, la prohibición de expulsiones colectivas o el principio de no devolución) sean susceptibles de ser ejercidos

---

<sup>558</sup> Luis DÍEZ-PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974, p. 1333, *apud* José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo Preliminar*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 413.

<sup>559</sup> Luis DÍEZ-PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», cit., p. 1333, *apud* Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Abuso de derecho», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO, Pablo Salvador CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 69. En el mismo sentido Louis JOSSERAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, cit., p. 259.

<sup>560</sup> Pedro GONZÁLEZ BOTELLA, «El nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974, p. 1203, *apud* José PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil, Tomo Preliminar*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 408.

abusivamente por personas que tratan de entrar irregularmente en el Espacio Schengen, cabe preguntarse, en primer lugar, si es posible abusar de los derechos fundamentales.

La Constitución Española establece algunos límites explícitos a los derechos fundamentales tales como el respeto a «los derechos de los demás» como «fundamento del orden político y la paz social» (artículo 10.1 CE); el «orden público protegido por la ley» en casos, por ejemplo, de manifestación externa de la libertad religiosa (artículo 16 CE) o el supuesto de «flagrante delito», el cual delimita el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE). Pues bien, precisamente el hecho de que en la Constitución Española no haya alusión específica al abuso de derecho como límite de los derechos fundamentales ha sido uno de los argumentos utilizados por una parte de la doctrina constitucionalista para negar la aplicación de esta figura a los derechos de esta naturaleza<sup>561</sup>. En contra de este argumento se puede esgrimir que el TC ha declarado en reiteradas ocasiones (STC 11/81, de 8 de abril, entre otras), que «todo derecho tiene sus límites, que, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma *en algunas ocasiones* (...)». De la anterior cita se deriva que no siempre dichos límites quedan reflejados en la Constitución; por ejemplo, estos pueden ser establecidos por el legislador orgánico o en virtud de otros mecanismos. De hecho, incluso «la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional» (STC 77/85, de 27 de junio). Por ello, coincidimos con MUÑOZ ARANGUREN en que la posición de la doctrina constitucionalista citada «adolece del mismo lastre formalista que la de los autores que negaban, a comienzos del s. XX, la posibilidad en abstracto de la figura del abuso de derecho»<sup>562</sup>.

Si nos acogemos al criterio finalista del abuso de derecho, el cual se identifica con la violación del espíritu de los derechos, resulta insostenible negar que esta institución pueda ser aplicable también a los derechos fundamentales. Es decir, si es posible violar el espíritu de un derecho reconocido legalmente ejercitándolo para fines distintos de los que fundamentaron su reconocimiento, también es factible desnaturalizar la finalidad de un derecho fundamental. A nuestro juicio, la jerarquía de la norma de reconocimiento (en

---

<sup>561</sup> Como máximo exponente cabe destacar a Antonio ROVIRA VIÑAS, *Abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983, p. 220.

<sup>562</sup> Arturo MUÑOZ ARANGUREN, «Abuso de derecho y ponderación de derechos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41, 2018, p. 38.

este caso, de rango constitucional, aunque lo mismo cabría decir de los derechos reconocidos en tratados internacionales) no interfiere en que se pueda tergiversar el haz de potestades habilitadas al titular de un derecho para producir resultados contrarios a su finalidad. Además, la institución del abuso de derecho, más que como un límite a la operatividad de los derechos fundamentales, funciona como un mecanismo de autocorrección que conduce a su plena garantía de conformidad con los principios y valores que inspiraron y fundamentaron su reconocimiento en el ordenamiento jurídico. En esta misma línea, ATIENZA y MANERO se erigen como unos de los defensores más firmes de la posibilidad de que exista el abuso de los derechos fundamentales. Según estos autores, «puede producirse una situación tal que una regla que constituya la concreción de un derecho fundamental incluya dentro de su alcance casos que, a la luz de los principios que determinan el alcance justificado del derecho (...), no debería incluir»<sup>563</sup>. Entre los ejemplos paradigmáticos para defender su postura utilizan el derecho a la huelga; en concreto, estos autores se preguntan qué ocurriría con una acción de huelga llevada a cabo por un número reducido de trabajadores que por su posición estratégica tienen la capacidad de bloquear el 50% de la producción de un país y usan la huelga para reivindicar salarios que multiplican por 20 el que generalmente reciben trabajadores de cualificación similar<sup>564</sup>. Parece que, a todas luces, nos encontraríamos ante un abuso de derecho. Abuso que también suele producirse en relación con determinadas reglas procesales por parte de un litigante cuando son usadas para dilatar el procedimiento en el tiempo; nos referimos, por ejemplo, al derecho a recusar a un juez derivado del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). De hecho, el artículo 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen *con manifiesto abuso de derecho* o entrañen fraude de ley o procesal».

Más allá del ordenamiento jurídico español, otros ordenamientos han reconocido explícitamente el abuso de los derechos fundamentales. Sirva como ejemplo la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 18 establece que «Quien abuse de la libertad de opinión en especial de la prensa, de la enseñanza, de la reunión, de la asociación, del

---

<sup>563</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 65.

<sup>564</sup> En este sentido, cabe destacar la STC 11/1981, de 8 de abril, que confirmó la constitucionalidad del artículo 7.2 del Real Decreto Ley de relaciones del trabajo 17/1977. Dicho precepto calificaba como abusivas determinadas modalidades de huelga, entre ellas las realizadas en servicios estratégicos. El TC consideró que el precepto era conforme a la Constitución siempre que se entendiese como una presunción *iuris tantum* de ejercicio abusivo.



secreto de la correspondencia (...), de la propiedad o del derecho de asilo para combatir el orden fundamental demo-liberal se hace indigno de estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la privación de los mismos y su alcance». En el ámbito del Derecho de la Unión, el artículo 54 CDFUE establece, en los mismos términos que el artículo 17 CEDH, que «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta»<sup>565</sup>.

Dado que la Explicación del Praesidium de la Convención que redactó la Carta se limita a recoger el tenor literal del artículo 17 CEDH, coincidimos con MORENO PÉREZ en que «da a entender que el artículo 54 CDFUE es una transcripción del artículo 17 CEDH, debiéndose interpretar en sentido no simplemente análogo sino igual o equivalente al mismo»<sup>566</sup>. Por este motivo conviene traer a colación la STEDH *Lawless c. Irlanda*, según la cual «el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o individuos, impide que se reconozca a su favor un derecho a llevar a cabo actos destinados a la destrucción o que de cualquier manera perjudiquen a los derechos y libertades reconocidos en el Convenio; por consiguiente, nadie puede intentar beneficiarse de las disposiciones del Convenio, en aras a llevar a cabo actos destinados a destruir aquellas»<sup>567</sup>. Del tenor literal del artículo 17 CEDH y de la jurisprudencia del TEDH al respecto se deduce que el abuso de los derechos reconocidos en el CEDH (y también en la CDFUE) es un abuso cuyo reconocimiento está condicionado a que el ejercicio del derecho en cuestión tenga por finalidad la destrucción o limitación de otros derechos reconocidos en el Convenio (o en la Carta). Recordamos que, conforme a la doctrina tradicional del abuso de derecho y al criterio finalista, el uso del derecho degenera en abuso cuando el derecho se ejerce contradiciendo su finalidad. Pues bien, en el caso de los derechos reconocidos en la CDFUE y en el CEDH, el uso degenera en abuso cuando con el ejercicio anormal del mismo se vulnera otro derecho reconocido en el

---

<sup>565</sup> Asimismo, de conformidad con el artículo 17 CEDH «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

<sup>566</sup> José Luis MORENO PÉREZ, «Estudio preliminar. Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales», cit., p. 14.

<sup>567</sup> STEDH de 1 de julio de 1961, *Lawless c. Irlanda*, as. 332/57, ap. 6.

mismo texto. Conforme a esta última afirmación parece que la desviación de la finalidad del derecho es insuficiente para considerar que se ha producido un abuso, es necesario un factor “externo”, que es que se produzca un daño a otro derecho fundamental.

Pero, pese a aceptar que los derechos fundamentales también pueden ser susceptibles de abuso, gran parte de la doctrina coincide en que hay ciertos derechos fundamentales de los que no es posible abusar. Sería el caso de los «derechos de los que se deriva para los demás exclusivamente el deber de abstenerse de llevar a cabo determinadas acciones sobre la persona titular del derecho»<sup>568</sup>. Según ATIENZA y MANERO, «para que pueda abusarse de un derecho, es condición necesaria que quepan acciones [positivas] de ejercicio de un derecho. Y para que quepan acciones de ejercicio de un derecho es preciso que de su haz de posiciones normativas formen parte o alguna libertad o alguna potestad, que son las posiciones normativas que pueden ejercerse por medio de acciones»<sup>569</sup>. Entre los derechos no susceptibles de abuso estos autores señalan el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes reconocido en el artículo 3 CEDH, en el artículo 19.2 CDFUE o en el artículo 15 CE<sup>570</sup>. En este caso, el derecho no puede ser objeto de abuso porque no cabe acción de ejercicio del mismo, comportando únicamente una obligación de abstención por parte de los demás. A nuestro entender, no se puede predicar la misma conclusión respecto al principio de no devolución, y ello pese a que es un principio derivado del artículo 3 CEDH. El motivo es que, desde el momento en que el principio de no devolución se ha traducido en ciertas exigencias antes de proceder a la devolución de personas a otro Estado (identificación, valoración de las circunstancias personales, etc.), el artículo 3 CEDH se ha convertido en una fuente de acciones positivas para las personas objeto de la medida. Es decir, estas últimas pueden exigir una determinada conducta porque en el lado opuesto hay otro sujeto (un Estado) que está obligado a realizar una determinada acción. Como consecuencia, en estos casos, el artículo 3 CEDH se convierte en un derecho (o principio) susceptible de abuso.

Siguiendo el mismo razonamiento, a nuestro entender, y frente a lo que pudiera parecer, tampoco se excepciona de poder ser ejercido de forma abusiva el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 CEDH, el artículo 2 CDFUE y el artículo 15 CE, si se

---

<sup>568</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 66.

<sup>569</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, «Abuso de Derecho y Derechos Fundamentales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 18, 2011, p. 53.

<sup>570</sup> En la misma línea Louis JOSSERAND, *El Espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, cit., p. 19.

tiene en cuenta la doctrina de las «obligaciones positivas» desarrollada por el CEDH. En efecto, como declaró el TEDH en *Xhavara y otros c. Italia y Albania* «los Estados no solamente deben abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e irregular, sino también tomar todas las medidas necesarias para la protección de la vida de todas las personas que estén bajo su jurisdicción»<sup>571</sup>. De lo anterior se deduce que los titulares del derecho a la vida pueden ejercitar acciones para su defensa. Es el caso, como se comprobará en el Capítulo VI, del derecho prestacional que se deriva de la exigencia para la Administración Pública de creación de servicios adecuados de búsqueda y salvamento de personas que se hallen en peligro cerca de sus costas en el mar. Existe para el titular del derecho a la vida, para la persona que se encuentra en peligro, la posibilidad de exigir una determinada conducta porque en el lado opuesto hay otro sujeto, una contraparte que está obligada a garantizar la eficacia de dichos servicios, lo cual comporta una obligación de hacer. Por lo tanto, dado que el derecho a la vida contempla un haz de potestades o acciones que permiten su ejercicio por parte del titular y no se trata meramente de un deber de los demás de abstenerse a atentar contra ella, puede ser susceptible de abuso.

Lo mismo sucede, a nuestro entender, en el caso de la prohibición de expulsiones colectivas. El TEDH ha determinado que «el fin del artículo 4 del Protocolo n.º 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente» (STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, cit., ap. 177, STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros*, cit., ap. 210). Como hemos señalado, de esta interpretación se deriva que la prohibición de expulsiones colectivas comporta la obligación para los Estados de habilitar vías de recurso contra la medida de expulsión y de identificar y valorar las circunstancias personales de las personas que pretenda expulsar de su territorio. Es decir, la prohibición de expulsiones colectivas también contempla un haz de potestades o acciones que permiten su ejercicio por parte de la persona afectada y no se trata meramente de un deber del Estado de abstenerse de efectuarlas, por lo que puede ser susceptible de abuso.

---

<sup>571</sup> Decisión del TEDH sobre la admisibilidad del caso *Xhavara y otros c. Italia y Albania* de 11 de enero de 2001, as. 39473/98. En este caso un barco de guerra italiano, en un intento de bloquear el paso de un barco de migrantes de bandera albanesa que se dirigía hacia Italia, provocó la muerte de 58 de los pasajeros como consecuencia de una colisión.

## 7.2 El fraude de ley como motivo ilegítimo del ejercicio de los derechos fundamentales

Tal y como señalamos en el epígrafe 7.1.2 de este Capítulo, entre los motivos ilegítimos que permitirían calificar el ejercicio de un derecho como abusivo, JOSSERAND destaca el fraude de ley. En virtud del artículo 6.4º CC, «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Dado que el fraude de ley también es una institución recogida en el Título Preliminar del CC, hacemos extensiva la reflexión realizada respecto al abuso de derecho en el sentido de que aquella puede ser apreciable en cualquier sector del ordenamiento jurídico, no solo en el ámbito privado. Así lo confirmó el TC en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, cuando estableció que «el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico». Además, la figura comparte con el abuso de derecho el momento histórico de su nacimiento, cuando el formalismo jurídico comienza a ceder a favor la toma en consideración de las finalidades y valores que subyacen a las normas.

El precepto del Código Civil regulador de esta figura ha sido analizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Desde el punto de vista teórico, DE CASTRO ha definido el fraude de ley como «uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se ha amparado en otra norma dictada con distinta finalidad»<sup>572</sup>. Por su parte el TS, como sintetiza GARCÍA AMIGO, ha establecido que «el fraude de ley viene configurado por la concurrencia o presencia de dos normas: la de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de esta y en forma fraudulenta pretende eludir (sentencias del TS de 30 de marzo de 1988 y 3 de noviembre de 1992, entre otras) exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (sentencias de 6 de febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 20 de junio de 1991, entre otras)».

---

<sup>572</sup> Federico DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 2008, p. 607.

No obstante, coincidimos con ATIENZA y MANERO en que esta caracterización tanto doctrinal como jurisprudencial del fraude de ley es imprecisa, ya que no aclara cuál es la naturaleza de las normas en juego<sup>573</sup>. Según estos autores, en el fraude de ley convergen normas regulativas (normas que regulan la conducta estableciendo que algo es obligatorio, está prohibido o permitido) y normas que confieren poder. En cuanto a estas últimas, dadas ciertas circunstancias, alguien puede, realizando ciertas acciones, dar lugar a un estado de cosas que suponen un cambio normativo. La norma regulativa es la que se pretende eludir y la norma que confiere poder es la norma de cobertura. Por ejemplo, una persona que crea una sociedad pantalla para evitar la tributación como autónomo (mayor que la de sociedades) emplea una norma que confiere poder para crear una sociedad que le permite eludir la norma regulativa que le obliga a tributar como persona física. Aunque aparentemente la acción de constituir una sociedad está permitida, con el cambio de estatus jurídico de la persona en cuestión se produce un resultado contrario al ordenamiento jurídico.

La diferencia entre el abuso de derecho y el fraude de ley es que el abuso se produce como consecuencia de la realización de acciones en ejercicio de un derecho subjetivo, mientras que el fraude se da como consecuencia de un uso de una regla que confiere poder. Mientras que «un derecho subjetivo es un título que constituye el fundamento de un haz de posiciones normativas dirigidas a proteger y/o a promover un estado de cosas que se considera valioso (...) [,] conferir un poder normativo y el permiso para ejercerlo, por su parte, implica atribuir a un sujeto la posibilidad normativa de producir ciertos resultados institucionales o cambios normativos»<sup>574</sup>. Esta distinción es la que motiva que los casos objeto de análisis en esta investigación vayan a ser valorados desde la perspectiva del abuso de derecho. Nótese que no existe un poder normativo que permita a las personas que pretenden entrar irregularmente en un territorio realizar una determinada acción, más bien existe un derecho subjetivo, ya sea el derecho a la vida o la prohibición de expulsiones colectivas, que les permite exigir una determinada acción por parte de otro sujeto obligado (Estado). En lugar de haber una ley de cobertura (lo que nos situaría en el fraude de ley) habría un «derecho de cobertura» (lo que nos coloca en el abuso de derecho).

---

<sup>573</sup> Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., p. 75.

<sup>574</sup> *Ibidem*, p. 87.

Pese al razonamiento anterior, la desconexión de los casos objeto de estudio con el fraude de ley no es absoluta, ya que la finalidad del ejercicio del derecho a la vida o la apelación a la prohibición de expulsiones colectivas o al principio de no devolución podría ser tratar de eludir o defraudar la normativa de control de fronteras (CFS y LOEx, en el caso de España). En tal caso, el motivo ilegítimo que permitiría afirmar la existencia de un abuso de derecho sería, precisamente, el intento de eludir el cumplimiento de la ley o norma regulativa. En conclusión, dada la finalidad de la actividad administrativa de interceptación (prevenir y evitar los cruces irregulares de frontera) y los derechos que pueden resultar afectados por dicha actividad (derechos subjetivos), en esta investigación el fraude de ley se convierte en una modalidad de abuso de derecho.

#### 7.2.1 Fraude de la normativa de control fronterizo como motivo ilegítimo del ejercicio de derechos fundamentales

Para la apreciación del fraude de ley, la doctrina considera necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos<sup>575</sup>:

- 1) Uno o varios actos que contraríen la finalidad práctica de la ley defraudada (norma regulativa), suponiendo su violación efectiva.
- 2) Que la ley en que se ampara el acto o actos (ley de cobertura) no tenga el fin de protegerlos por no constituir el supuesto normal o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes, no siendo necesario que la persona que realice el acto tenga intención o consciencia de burlar la ley. En los casos objeto de análisis en esta investigación (Capítulos IV y VI), este requisito debe ser adaptado sustituyendo la ley de cobertura por el derecho de cobertura.

En cuanto al primer requisito, el acto que será objeto de evaluación es el ejercicio de un determinado derecho fundamental (prohibición de expulsiones colectivas y derecho a la vida) que tiene como origen o consecuencia la entrada irregular en el Espacio Schengen. De ello nos ocuparemos detenidamente en los Capítulos IV y VI, respectivamente. En cualquier caso, dicho ejercicio puede suponer una violación efectiva de los preceptos de la normativa de control de fronteras que establecen las condiciones de entrada en el Espacio Schengen (artículos 5 y 6 CFS)<sup>576</sup>. Concretamente, se producirá

---

<sup>575</sup> Manuel GARCÍA AMIGO, *Derecho Civil de España. I. Parte General*, Servicio de Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 152 y ss.

<sup>576</sup> Respecto a la normativa nacional, en el caso de España, el precepto más afectado es el artículo 25 LOEx, el cual dispone que «El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere

tal violación cuando los extranjeros que entran irregularmente en la Unión Europea ejercitando un determinado derecho evitan la aplicación de estos preceptos y del procedimiento administrativo que correspondería si no cumplieran los requisitos de entrada: en el caso de España, el procedimiento de denegación de entrada o retorno.

Como se apuntó en epígrafes previos, en España el procedimiento de denegación de entrada o retorno viene regulado por el artículo 26 LOEx y desarrollado por el artículo 15 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante RLOEx). Lo que interesa a los efectos de este epígrafe es su ejecución, cuyo procedimiento regula el artículo 60.1 LOEx. Este último dispone que «Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen». Aunque *a priori* pudiera parecer que la expresión «punto de origen» se refiere a país de origen, lo cierto es que una lectura sistemática del artículo 15 RLOEx invita a pensar que se refiere al Estado del que partieron los extranjeros para llegar a la frontera española. En este sentido, el apartado 4 del artículo 15 RLOEx dispone que, cuando sea denegada la entrada el extranjero, deberá permanecer en las instalaciones del puesto fronterizo hasta que «retorne al lugar de procedencia». Aún más clarificador es el apartado 5, según el cual, en caso de denegación de entrada, la compañía transportista se hará cargo del regreso del extranjero «al Estado a partir del cual haya sido transportado». En conclusión, puede afirmarse que el procedimiento de retorno implica la devolución del extranjero al país del que haya partido para llegar a España y esa es precisamente la consecuencia que se evita cuando, en lugar de entrar por un puesto habilitado, el extranjero entra en el territorio irregularmente. Por último, el RLOEx establece que el regreso tiene que efectuarse dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. En caso de imposibilidad, «la autoridad gubernativa o, por delegación de esta, el responsable del puesto fronterizo habilitado se dirigirá al juez de instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde

---

válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios». El equivalente a este precepto en el ordenamiento jurídico italiano es el artículo 4.1. TUSM, en virtud del cual «*L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti*».

haya de ser internado el extranjero, hasta que llegue el momento del regreso» (artículo 15.3 RLOEx).

En cuanto al segundo requisito para apreciar la existencia de fraude de ley (que la ley o, en nuestro caso, el derecho en que se ampara el acto o actos no tenga el fin de protegerlos), habría que atender a la finalidad del derecho fundamental del que presuntamente se abusa, para cuyo análisis nos remitimos a los Capítulos IV y VI. Sirva con adelantar que lo que habrá de valorarse es si su ejercicio, por el cual se exime la aplicación ordinaria de la normativa de control fronterizo, constituye un supuesto normal de ejercicio del derecho o, por el contrario, suponen una traición al espíritu, la finalidad y los principios y valores que fundamentaron su creación. En este último caso, las personas que entran irregularmente en el Espacio Schengen estarían empleando un motivo ilegítimo para ejercitar el derecho en cuestión por lo que, conforme al criterio finalista (y si concurren el resto de circunstancias enumeradas por la STS de 14 de febrero de 1944), podríamos concluir que nos encontramos ante un abuso de derecho.

#### 7.2.2 Consecuencias de la apreciación del abuso de un derecho fundamental derivado del fraude de la normativa de control fronterizo

Como hemos señalado, las personas que entran irregularmente en España y que no tienen derecho a permanecer en su territorio evitan la tramitación de un procedimiento de retorno. A cambio, se inicia contra ellos un procedimiento de devolución, entendiendo la Administración Pública que se trata de extranjeros que «pretenden entrar ilegalmente en el país» [artículo 58.3.b) LOEx]. La ejecución de la orden de devolución se produce, por analogía con el procedimiento de expulsión, dando un plazo al extranjero para su salida voluntaria (artículo 246.2 RLOEx)<sup>577</sup>. En caso de que esta no se lleve a cabo de forma voluntaria, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la devolución (246.3 RLOEx, por analogía). No obstante, en el caso de que no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, «se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión». Al respecto cabe destacar que, al contrario de lo que sucedía en el procedimiento de retorno, lo que la Administración deberá determinar en el plazo de 72 horas (o bien

---

<sup>577</sup> Esta equiparación interpretativa entre la ejecución de la expulsión y la devolución se deriva de que el procedimiento de devolución está regulado en la LOEx como una variante de naturaleza no sancionadora del procedimiento de expulsión (ambos en el artículo 58 LOEx). El hecho de que no existan preceptos específicos dedicados a la devolución en la ley o el reglamento invitan a concluir que se aplican, por analogía, los previstos para la expulsión. De hecho, entre otras similitudes, la devolución es acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.



durante el internamiento del extranjero) para poder ejecutar la expulsión del extranjero es su país de origen, no el Estado desde el que partió para llegar a España. Así se deduce del empleo en el precepto analizado de conceptos como «repatriación voluntaria» o de la necesidad de comunicar ciertas circunstancias del procedimiento «al representante diplomático o consular de su país». Esta circunstancia no es baladí, ya que implica un plus de dilación en el procedimiento de devolución respecto al de retorno, teniéndose que determinar el país de origen de cada uno de los migrantes rescatados. Dado que el plazo máximo de internamiento es de 60 días (246.3 RLOEx), en el caso de que sea imposible ejecutar la orden de devolución, el extranjero quedará en libertad con una orden de salida obligatoria del país<sup>578</sup>.

Una vez determinados los efectos del abuso de derecho en el epígrafe 7.1.3 de este Capítulo, toca ahora analizar qué consecuencias se derivan, según la doctrina y la jurisprudencia, del artículo 6.4 CC. En virtud de este último precepto «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y *no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*». Por tanto, como acertadamente concluye GULLÓN BALLESTEROS, «la sanción del acto fraudulento consiste en la aplicación de la norma defraudada, por lo que una precisión sobre los efectos sancionatorios no puede obtenerse de la tacha del fraude, sino que habrá que investigar para ello la ley imperativa que se quiso eludir»<sup>579</sup>. La fórmula elegida por el legislador es flexible y eficaz, de forma que permite «la defensa esencial del derecho»<sup>580</sup>.

En nuestra opinión, la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir supondría que la Administración trasladara a las personas que han entrado irregularmente hasta los puestos fronterizos habilitados para la entrada en España (que es dónde tales personas debían haberse presentado para ingresar en España) y, en el caso de no cumplimiento de los requisitos pertinentes para entrar, a la tramitación de un procedimiento administrativo de retorno para cada uno de ellos. La opción propuesta, además de ser una «sanción» del fraude de ley, podría catalogarse como una medida administrativa de restablecimiento de

---

<sup>578</sup> Sobre las dificultades existentes para ejecutar la orden de devolución *vid.* Epígrafe 2 del Capítulo IV: «La ineficacia del procedimiento de devolución previsto en la Ley Orgánica de Extranjería».

<sup>579</sup> Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «El fraude de ley», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis M. DÍEZ-PICAZO, Pablo Salvador CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 37.

<sup>580</sup> José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ, «El fraude de Ley en la Administración», *cit.*, p. 1411.

la legalidad, cuyo objeto es evitar la persistencia del abuso<sup>581</sup>. De esta forma se evitarían algunos de los perjuicios que causa en estos casos el abuso de derecho para el interés general. Nos referimos, por ejemplo, al hecho de que, por incoar un procedimiento de devolución, se tenga que determinar el país de origen de cada uno de los migrantes económicos rescatados para ejecutar la orden de devolución y proceder a su repatriación. Como ya hemos señalado, en el procedimiento de retorno la ejecución de la resolución requiere determinar el Estado desde el que partieron dichas personas para llegar a España, no su país natal, lo cual facilita y acelera su tramitación. En última instancia, se reducen las posibilidades de que, tras 60 días de internamiento, los rescatados queden en libertad con una orden de salida obligatoria del país.

La solución que proponemos parece que permite defender la finalidad y los principios subyacentes a la normativa de control de fronteras. En primer lugar, se refuerza la hipótesis de que la medida de interceptación que corresponde aplicar a aquellos que consuman la entrada irregular es su aprehensión y conducción al puesto fronterizo más cercano, en lugar de efectuar otras medidas de interceptación que, *de facto*, suponen una denegación de entrada material desprovista de garantías suficientes. En segundo lugar, se evita aplicar a las personas que entran irregularmente en España un régimen jurídico cuyo resultado es una resolución administrativa muy difícil de ejecutar (orden de devolución) y que en muchos casos lleva a su liberación tras el transcurso de 60 días de internamiento, aunque persista su situación irregular.

### 7.3 La inexistencia de fraude de ley en el caso de los solicitantes de protección internacional

Como adelantábamos en el Capítulo I, los flujos de migrantes que arriban de manera irregular al Espacio Schengen tienen un carácter mixto. Cabe preguntarse si todas las personas que entran irregularmente en la Unión Europea obtienen una posición más ventajosa por el hecho de defraudar la normativa de control fronterizo o si, por el contrario, tal resultado no es predicable de todos los cruces no autorizados.

Recordemos que en el caso de las personas que entran irregularmente y no tienen derecho a permanecer en el Espacio Schengen, la ventaja que obtenían de la entrada

---

<sup>581</sup> Recordamos que el artículo 7.2 CC establece que «Todo acto u omisión que por la intención de su autor, (...) sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las *medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso*».

irregular era que se les tramitara un procedimiento administrativo más beneficioso para sus intereses que si hubieran entrado de manera regular a través de los puestos fronterizos habilitados. Sin embargo, en el caso de los solicitantes de protección internacional no se aprecia tal fraude a la ley; son supuestos en los que hay una entrada irregular pero sobre los que hay que dilucidar, antes de proceder a su expulsión, si existe un derecho a permanecer en el Espacio Schengen<sup>582</sup>.

Para los solicitantes de protección internacional la entrada irregular no conlleva la obtención de ningún beneficio jurídico porque el propio ordenamiento ya prevé su situación excepcional. Si bien es cierto que los que pretendan acogerse a la protección internacional también deben cruzar las fronteras exteriores por los puestos fronterizos habilitados (artículo 5 CFS 2016), el artículo 3 CFS 2016 dispone que el Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución. De forma análoga al artículo 5 CFS 2016, la LOEx establece que «el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad (...) presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios (...)» (artículo 25.1 LOEx). Sin embargo, el apartado tercero del mismo precepto añade que «lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España»<sup>583</sup>. En la misma línea, el artículo 7 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado [actualmente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, adelante Ley de Asilo] (en adelante, Reglamento de la Ley de Asilo) dispone que «La solicitud de asilo en el interior del territorio español habrá de

---

<sup>582</sup> En este sentido conviene recordar lo dispuesto en el artículo 13.1 CFS 2016, conforme al cual «Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE».

<sup>583</sup> De la misma forma, el artículo 10.4 TUSM establece que «*Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 [relativas a la denegación de entrada en puestos fronterizos habilitados] e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari*».

presentarse en un plazo de un mes a contar desde la entrada del mismo». De este último precepto se deduce que para solicitar asilo no es necesario hacerlo expresamente en los puestos fronterizos habilitados ni realizarlo en el momento mismo de la llegada a España (regular o irregularmente)<sup>584</sup>. Es más, este artículo 7 del Reglamento de la Ley de Asilo abre la puerta a que los solicitantes de asilo que hayan entrado irregularmente puedan, igualmente, solicitar asilo en territorio español sin ninguna penalización, siempre que no se demoren más de un mes desde su llegada. Por último, fundamenta nuestra postura el hecho de que el artículo 17.2 de la Ley de Asilo establezca que «la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley», lo que podría entenderse como un reconocimiento del ejercicio legítimo de un derecho que excluiría la antijuridicidad de la conducta y, por consiguiente, la responsabilidad sancionadora (ex artículo 21 Código Penal).

Todos estos preceptos invitan a pensar que, aunque los solicitantes de asilo deban entrar al territorio por los puestos habilitados para ello, nada obsta a que las comprobaciones pertinentes puedan realizarse *a posteriori* sin que sus derechos se vean afectados por el hecho de que la entrada se haya producido de forma irregular<sup>585</sup>. Dado que la normativa de control de fronteras no obstaculiza sus pretensiones, cabe deducir que los solicitantes de asilo no pretenden eludirla, por lo que no se aprecia fraude de ley por su parte. Es más, no se aprecia ningún motivo ilegítimo en su actuación, aun compartiendo con otras personas la vía de entrada irregular en el Espacio Schengen.

---

<sup>584</sup> Esta circunstancia viene confirmada por la variedad de lugares habilitados para solicitar asilo en España. En concreto, el artículo 4.1 Reglamento de la Ley de Asilo establece que «El extranjero que desee obtener el asilo en España presentará su solicitud ante cualquiera de las siguientes dependencias: a) Oficina de Asilo y Refugio. b) Puestos fronterizos de entrada al territorio español. c) Oficinas de Extranjeros. d) Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior. e) Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero».

<sup>585</sup> No ha sido el caso, como hemos tenido ocasión de comprobar, del ordenamiento jurídico italiano, el cual, a través del *Decreto Sicurezza* ha introducido en el *Decreto legislativo del 28 gennaio 2008, n. 25 Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* (artículo 28.bis) un procedimiento de solicitud de asilo específico y rápido llevado a cabo en la frontera para aquellos solicitantes de protección internacional que hayan presentado la solicitud de protección internacional tras haber sido interceptados con ocasión del cruce irregular de la frontera italiana (artículo 9 *Decreto Sicurezza*).

**BLOQUE II**

**LA EJECUCIÓN NACIONAL DEL  
MANDATO DE VIGILANCIA DE  
LAS FRONTERAS EXTERIORES  
EUROPEAS**

## **CAPÍTULO IV. LA EJECUCIÓN NACIONAL DEL MANDATO DE VIGILANCIA EN LA FRONTERA EXTERIOR TERRESTRE ESPAÑOLA**

### **1. CEUTA Y MELILLA, UNA FRONTERA EXTERIOR DEL ESPACIO SCHENGEN EN EL CONTINENTE AFRICANO**

Como Estado miembro de la Unión Europea y parte del Espacio Schengen, España tiene el deber de vigilar sus fronteras exteriores. Además, tal y como se desarrolló por extenso en el Capítulo I, dicha vigilancia no se efectúa solo en su propio interés, sino que «se realiza en interés del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores» (Considerando 6 CFS 2016). Como apuntó el Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa (CPT, en adelante)<sup>586</sup>, los países situados en las fronteras externas de la Unión Europea «son una puerta de entrada hacia el resto de Europa»<sup>587</sup>. Sin embargo, las fronteras exteriores terrestres españolas presentan una particularidad respecto a sus homólogas en otros Estados Schengen: su localización en el continente africano; un continente que constituye una de las principales fuentes de origen y tránsito de flujos migratorios.

En el Capítulo I tuvimos ocasión de comprobar que la singular localización de las fronteras exteriores terrestres españolas, representadas por los enclaves de Ceuta y Melilla, motivaban la previsión de un régimen específico en el Código de Fronteras Schengen. Dichos enclaves forman parte del Espacio Schengen en lo que respecta a la aplicación del régimen jurídico de las fronteras exteriores (en tanto se les aplica, con carácter general, este último) pero no en lo relativo al régimen jurídico de las fronteras interiores, dado que en las mismas se realizan controles para acceder al resto del Espacio Schengen. Basándonos en este razonamiento, concluíamos que Ceuta y Melilla

---

<sup>586</sup> El CPT es un órgano del Consejo de Europa creado a raíz de la adopción del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 (Estrasburgo). En virtud del art. 1 del mencionado Convenio «Se crea un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (...). Por medio de visitas, este Comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes».

<sup>587</sup> Informe del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa de 9 de abril de 2015 tras su visita a España los días 14 a 18 de julio de 2014, ap. 36.

constituyen así una doble frontera: por un lado, con Marruecos, y, por otro, con el Espacio Schengen<sup>588</sup>.

Dado el objeto de este Capítulo, consideramos que es el momento de profundizar en la caracterización de Ceuta y Melilla como frontera exterior del Espacio Schengen. Concretamente, utilizaremos como referencia para este análisis la frontera hispano-marroquí situada en la ciudad autónoma de Melilla<sup>589</sup>. Esta última, con una dimensión de 12 km<sup>2</sup>, se encuentra localizada en la costa norte africana, lo cual la convierte en un punto de referencia para los migrantes que, optando por la ruta del Mediterráneo Occidental, pretenden llegar a la Unión Europea<sup>590</sup>.

El Convenio ampliando los términos jurisdiccionales de Melilla y pactando la adopción de medidas necesarias para la seguridad de los presidios españoles en la costa de África, celebrado entre España y Marruecos en Tetuán el 24 de agosto de 1859, es el texto de referencia para la delimitación de Melilla. Para construir la frontera, en un inicio, se utilizaron mugas de mampostería situadas a lo largo de una línea imaginaria que acordaron las autoridades españolas y marroquíes. En 1971, debido a una epidemia de cólera en Nador, las mugas de mampostería fueron sustituidas por una verja militar. Posteriormente, en 1998 y con la finalidad de reforzar la frontera, España intentó instalar el actual sistema de doble valla en el mismo lugar de la antigua verja militar. Sin embargo, por razones orográficas y prácticas, fue imposible construir en tal ubicación y la empresa constructora se vio obligada a instalar el doble vallado en territorio inicialmente español (quedando la verja militar y las mugas decimonónicas en el lado marroquí). El doble vallado tiene una longitud de 10.2 km de largo (desde Beni Enzar hasta Rostrogordo) y 6 metros de alto: una de las vallas, la exterior, del lado marroquí y otra, la interior, del lado español. Entre ambas se ha dispuesto un mallado o sirga tridimensional que dificulta y ralentiza el paso de los inmigrantes que hayan conseguido saltar la primera valla. Además,

---

<sup>588</sup> Vid. Epígrafe 2.5.4 del Capítulo I: «El régimen especial de Ceuta y Melilla».

<sup>589</sup> De las dos ciudades autónomas, Melilla es la que concentra una mayor presión migratoria. Sirvan como ejemplo los datos del año 2019, en el que, de los 6.345 cruces irregulares, 4.984 se produjeron a través de la valla de Melilla [Información disponible en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2020> (Consultado por última vez el 11/08/2020)].

<sup>590</sup> Según el Ministerio del Interior, en el año 2015, 11.624 personas llegaron a España a través de Ceuta y Melilla, de las cuales 7.189 eran sirias y 4.435 de otras nacionalidades. Ello supuso un incremento del 55,3% respecto al año 2014. No obstante, la cifra volvió a reducirse en los años 2016 y 2017, contabilizándose 5.916 y 5.863 cruces irregulares respectivamente. En 2018 hubo un ligero repunte (6.800), estabilizándose en 2019 (6.345). Hasta el 12 de junio de 2020 se han contabilizado 1.272 cruces irregulares, aproximadamente la mitad que en la misma fecha del año anterior [Información disponible en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2020> (Consultado por última vez el 30/06/2020)].

se ha instalado un sistema de video vigilancia (con cámaras de infrarrojos) combinado con sensores de movimiento. El sistema de vallado está apoyado por torres de control y un sistema de radares, todo ello controlado por la Guardia Civil<sup>591</sup>. La valla de Melilla cuenta, así mismo, con tres puestos fronterizos habilitados (Beni Enzar, Farjana y Barrio Chino) donde el Cuerpo Nacional de Policía realiza las inspecciones necesarias para canalizar el cruce regular de personas. Distintas de los puestos fronterizos son las puertas situadas a intervalos regulares en la valla a través de las cuales la Guardia Civil devuelve a Marruecos a las personas que hayan cruzado irregularmente la frontera. Sobre este extremo profundizaremos con posterioridad.

Pese a que las autoridades españolas han reconocido que la totalidad de la valla se encuentra en España<sup>592</sup>, parecen no asimilar que ello ha supuesto, *de facto*, una cesión de territorio español a Marruecos de unos 144.640 metros cuadrados aproximadamente<sup>593</sup>. Si ese terreno es realmente español parece haberse renunciado a un ejercicio de jurisdicción y control sobre el mismo. De hecho, Marruecos dismanteló la verja militar, cavó un foso y taló árboles para dificultar los asaltos a las vallas fronterizas por parte de los inmigrantes. Es decir, Marruecos actúa sobre dicho territorio como si tuviera plena jurisdicción sobre el mismo.

## **2. LA INEFICACIA DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA**

### **2.1 Una resolución de difícil ejecución**

Tal y como adelantamos en el Capítulo III, en principio, el procedimiento que corresponde tramitar frente a aquellas personas que hayan cruzado irregularmente las fronteras españolas y sean localizados en estas últimas o en sus inmediaciones es el procedimiento de devolución, regulado en el artículo 58.3.b) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), en conexión con el artículo 23.1 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y

---

<sup>591</sup> Para más información sobre la valla fronteriza de Melilla *vid.* Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ, *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Reus, Madrid, 2016.

<sup>592</sup> Con ocasión de la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D.* y *N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, el Gobierno de España admitió que el sistema de vallado se encuentra situado en su totalidad en territorio español (ap. 104). Esta sentencia será objeto de análisis pormenorizado posteriormente.

<sup>593</sup> Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ, *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, cit., p. 99.



libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, RLOEx)<sup>594</sup>. En estos casos, «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de las costas y fronteras (...) los conducirán a la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, devolución» (artículo 23.2 RLOEx). Es importante destacar que para poder aplicar el procedimiento de devolución es necesario que el extranjero sea interceptado «en la frontera o en sus inmediaciones», puesto que si aquel se interceptara en una situación de «estancia irregular» en territorio español lo que correspondería tramitar es un procedimiento de expulsión (artículo 57 LOEx). Finalmente, en aquellos otros casos en los que, a consecuencia de una inspección fronteriza realizada en un puesto habilitado, se compruebe que el extranjero no cumple las condiciones de entrada establecidas en el artículo 25 LOEx, lo que corresponde es una resolución de denegación de entrada o retorno (artículo 26.2 LOEx).

Volviendo al procedimiento de devolución, este tiene por finalidad restablecer la legalidad y expulsar del territorio español a las personas que hayan entrado en él de forma no autorizada, sin que tenga naturaleza sancionadora<sup>595</sup>. El problema es su ejecución. Pese

---

<sup>594</sup> En la frontera marítima, el TS [Sentencia de 13 de octubre de 2003 (RJ 2003/8387)] ha interpretado la expresión «los que pretendan entrar ilegalmente en el país» [artículo 23.1.b) RLOEx] en el sentido de que el legislador habilita la devolución del extranjero interceptado tanto en el mismo límite fronterizo de la costa como en las inmediaciones de esta dentro del mar territorial español. Trasladando esta jurisprudencia a la frontera terrestre, el procedimiento de devolución podría tramitarse tanto frente a aquellos que se encuentran en la misma valla fronteriza como respecto de los que la acaban de cruzar y se encuentran en sus inmediaciones.

La regulación previa de este precepto la encontrábamos en el artículo 138.1 b) del Real Decreto 864/2001 de desarrollo de la LOEx (actualmente derogado y sustituido por RLOEx), en virtud del cual «los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o *en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir los requisitos de entrada (...)*». En cursiva se ha señalado la parte anulada por la STS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2422) ya que, como argumentó el Tribunal en su fundamento jurídico decimotercero, «quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional (...)». Entendía el TS que «el precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en este. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado».

<sup>595</sup> La consideración de que el procedimiento de devolución no tiene carácter sancionador deriva de la utilización de un criterio formal y otro material. En cuanto al primero, la propia ley afirma que «No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros (...) b) que pretendan entrar ilegalmente en el país» (artículo 58.3 LOEx). No obstante, como afirma Manuel REBOLLO PUIG en «El concepto de sanción administrativa», en M<sup>a</sup> del Pilar GARCÍA PACHÓN y Oscar Darío AMAYA NAVAS (Compiladores), *Derecho Sancionador Ambiental*, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 112, «dejar en manos del legislador decidir qué sea o no sea sanción sería tanto como dejar a su albur la vigencia y aplicabilidad de las garantías constitucionales». De ahí la necesidad de acudir al criterio material contenido en la STC 17/2013 de 31 de enero. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco, entre otras disposiciones, contra el

a que el sentido común nos llevaría a pensar que la manera más lógica de restablecer la legalidad es devolver a la persona que ha entrado de manera no autorizada al lugar desde donde entró, lo cierto es que esta no es la solución que se desprende de la LOEx. Como ya tuvimos ocasión de destacar en el Capítulo III, para poder ejecutar la orden de devolución, la Administración española debe determinar el país de origen de la persona en cuestión, no el Estado desde el que partió para llegar a España (en este caso, Marruecos). Ello provoca que, en el caso de que sea imposible ejecutar la orden de devolución en 60 días (bien por no existir acuerdo de readmisión que lo facilite, bien porque el extranjero en cuestión oculta su nacionalidad o porque su país de origen decida no admitirlo), el extranjero queda en libertad dentro del territorio español con una orden de salida obligatoria del país<sup>596</sup>. Según datos del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (a partir de datos provenientes de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras), en 2016 solo tres de cada diez inmigrantes internados en los Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante, CIE) fueron expulsados<sup>597</sup>. El resto quedaron

---

artículo 58.6 de la LOEx. Esta última establecía que «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años». La Cámara Vasca, acertadamente, argumentó que la prohibición de entrada en territorio español era una consecuencia anudada a la expulsión y que, el hecho de que se contemplara también para la devolución provocaba la equiparación de las consecuencias materiales de ambas figuras, sin que en la devolución se tramitara expediente sancionador alguno. De todo ello se deducía la vulneración del artículo 24 de la CE. Antes de entrar en el fondo de la cuestión, el TC argumentó que «a diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden público, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la función represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones (...)». Tras delimitar la naturaleza jurídica de la devolución, el TC declaró la inconstitucionalidad del artículo 58.6 LOEx, ya que «tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España». En este mismo sentido, REBOLLO PUIG (cit. supra, p. 116) afirma que «no hay sanción cuando la Administración simplemente niega un derecho que no existía [a entrar en el país], pero sí cuando impone una conducta que antes de ese momento no era obligada [prohibición de entrada por un determinado periodo de tiempo]».

En relación con la naturaleza jurídica de la medida de expulsión de extranjeros resulta de gran interés el análisis comparado entre los ordenamientos jurídicos de Alemania, España, Estados Unidos, Francia y Reino Unido, realizado en Paolo PASSAGLIA (Ed.) et al., «La disciplina dell'immigrazione irregolare», 2009 [Disponible

en: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_La\\_disciplina\\_immigrazione\\_irregolare\\_12012010.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_La_disciplina_immigrazione_irregolare_12012010.pdf) (Consultado por última vez el 18/08/2020)].

<sup>596</sup> Para tratar de evitar este resultado, en 2006 el Gobierno de España aprobó el Plan de acción para el África subsahariana, el cual se materializó en distintos convenios internacionales bilaterales suscritos entre el Reino de España y varios países africanos. Hay dos tipos de acuerdos bilaterales referidos a la readmisión de personas inmigrantes extracomunitarias en situación irregular: acuerdos específicos de readmisión y acuerdos con un alcance más amplio en el que la lucha contra la inmigración irregular tiene un papel secundario, pues se centran en medidas para facilitar la contratación en origen de los trabajadores provenientes del Estado firmante, medidas de cooperación al desarrollo, etc.

<sup>597</sup> Los CIE serán objeto de estudio en el siguiente epígrafe, baste ahora con señalar que son centros donde se interna a los extranjeros mientras la Administración realiza las gestiones necesarias para ejecutar su

en libertad, aunque persistiera su situación irregular. A ellos debemos de sumar el gran número de inmigrantes que quedan en libertad por sobreocupación de los CETI (Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes)<sup>598</sup> y aquellos otros que, teniendo una situación irregular y residiendo en nuestro país, no han sido detectados por las autoridades competentes. El resultado es la existencia de un considerable número de personas en España sobre las que no se tiene constancia y que, además, pueden moverse libremente hacia otros Estados parte del Espacio Schengen<sup>599</sup>.

## 2.2 La solución transitoria y recurrente de los CIE

Entre tanto se ejecutan las resoluciones de devolución, la LOEx prevé la posibilidad de que el instructor del procedimiento solicite a un juez el internamiento de los extranjeros en los mencionados CIE<sup>600</sup>. Para ello es necesario que la resolución no haya podido llevarse a efecto en un plazo de 72 horas, tiempo máximo de detención tras la detección de la irregularidad (artículo 23.4 RLOEx).

Es necesario destacar que los CIE son establecimientos públicos de carácter no penitenciario cuya finalidad es, únicamente, «preventiva y cautelar» (artículo 62.bis.1

---

orden de devolución. Lo que interesa conocer en esta sede es que, de los 7.597 extranjeros internados en 2016, únicamente fueron efectivamente expulsados 2.205. Ello supone que un 70,97 % de los extranjeros internados durante dicho año no fueron expulsados. El porcentaje ha mejorado sensiblemente en los últimos años, reduciéndose la tasa de los internados puestos en libertad a un 39,6% en 2019. Aun así, entendemos que sigue siendo una cifra muy alta, ya que el porcentaje se traduce en 2.565 personas liberadas [Fuente: *Europa Press*. Información disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-gobierno-no-logro-expulsar-mas-2500-migrantes-ingresaron-cie-ano-2019-40-total-20200523131629.html>. (Consultado por última vez el 11/08/2020)].

<sup>598</sup> Los CETI son establecimientos de la Administración pública, concebidos como dispositivos de primera acogida provisional y destinados a dar servicios y prestaciones sociales básicas al colectivo de inmigrantes y solicitantes de asilo que llegan a España, en tanto se realizan los trámites de identificación y chequeo médico previos a cualquier decisión sobre el recurso más adecuado en función de su situación administrativa en España. Según datos de la Defensora del Pueblo (Informe de 2015), en su visita al CETI de Melilla pudo comprobar que el número de menores de edad residentes el día de la visita (530) superaba por sí solo la capacidad teórica del centro (480 plazas). El 30 de septiembre de 2015, el CETI cuadruplicaba su capacidad, con una ocupación de 1.700 personas. En abril de 2019, el CETI de Melilla seguía encontrándose a un 214% de su capacidad y el de Ceuta a un 129% [Fuente: *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-04-19/el-gobierno-mantiene-a-mas-de-1600-migrantes-hacinados-en-el-ceti-de-melilla.html> (Consultado por última vez el 11/08/2020)].

<sup>599</sup> Dada la propia naturaleza del fenómeno, el número de inmigrantes irregulares existente actualmente en España es un dato difícilmente determinable. El mismo puede obtenerse comparando los datos del INE sobre el padrón municipal y los de las tarjetas de registro o residencia de las que da cuenta el Ministerio de Trabajo. La última vez que se realizó este cálculo, a 1 de enero de 2018, el dato ascendía a 825.000 extranjeros en situación irregular [Fuente: Ana Luisa POMBO, «¿Cuántos inmigrantes irregulares hay realmente en España?», 29 de octubre de 2018. Noticia disponible en: [https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/gobierno-dice-que-sabe-cadena-cope-hace-numeros-20181029\\_283978](https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/gobierno-dice-que-sabe-cadena-cope-hace-numeros-20181029_283978) (Consultado por última vez el 11/08/2020)].

<sup>600</sup> La LOEx, en su artículo 61.e), también prevé el internamiento en los CIE como medida cautelar (previa autorización judicial) durante la tramitación del procedimiento sancionador de expulsión con la finalidad de garantizar la resolución que pudiera recaer.

LOEx). No obstante, cabe señalar la peculiaridad de su existencia, ya que, como apunta LÓPEZ BENÍTEZ, «pudiera causar asombro (...) que un procedimiento administrativo cuyo resultado nunca puede ser una sanción privativa de libertad [v.g. el procedimiento de devolución]<sup>601</sup>, origine como medida cautelar una decisión que consista precisamente en limitar la libertad ambulatoria de un extranjero mediante su ingreso en un centro de internamiento»<sup>602</sup>. El ingreso en los Centros de Internamiento viene regulado por la LOEx, de cuyas disposiciones destacaremos que «El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días (...)» (artículo 62.2 LOEx)<sup>603</sup>. Pasados 60 días de internamiento en el CIE, el inmigrante cuya orden de expulsión o devolución haya sido imposible de ejecutar quedará en libertad con una orden de salida obligatoria del país, aunque persista su situación irregular. Por ello, si es detectado de nuevo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en territorio español, se iniciará contra él un procedimiento de expulsión que podría volver a implicar el internamiento del extranjero en un CIE y acabar, igualmente, con su puesta en libertad (si tampoco se pudiera ejecutar la orden de expulsión en esta segunda ocasión). Es decir, después de haberse tramitado dos (o más) procedimientos administrativos, la situación fáctica sería la misma que al inicio: la presencia irregular de un inmigrante en el territorio español y, como consecuencia de la supresión de fronteras, en el Espacio Schengen.

### 2.3 La solución aparentemente definitiva: el Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos

Vista la complejidad para ejecutar la resolución de devolución en determinadas ocasiones y el poco alivio que suponen al respecto los CIE, dada su temporalmente limitada (y lógica) utilización, cabe una solución para aquellos casos en los que el extranjero haya entrado ilegalmente procedente de Marruecos (como los que son objeto de estudio en este Capítulo): el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos

---

<sup>601</sup> Artículo 25.3 CE: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».

<sup>602</sup> Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º especial 99-100 (Ejemplar dedicado a Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), 2014, p. 1.930.

<sup>603</sup> La derogación de la antigua ley de extranjería (LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y su sustitución por la LOEx (actualmente en vigor) supuso la ampliación del plazo de internamiento de 40 a 60 días. No obstante, existen Estados miembros de la Unión Europea que contemplan un plazo de internamiento aún más amplio. Es el caso de Italia, cuyo TUSM prevé un periodo de 30 días prorrogables hasta un máximo de 90 (artículo 14 TUSM). Dicho periodo fue reducido en 2014 con respecto al previsto anteriormente, que permitía un internamiento máximo de 18 meses.

relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, de 13 de febrero de 1992 (en adelante, Acuerdo de 1992)<sup>604</sup>.

En virtud de este Tratado, Marruecos se compromete a admitir las devoluciones efectuadas por el Reino de España de aquellos inmigrantes que hubiesen sobrepasado clandestinamente las fronteras del territorio español accediendo desde la frontera marroquí (artículo 1 Acuerdo de 1992)<sup>605</sup>. Es necesario señalar que el objeto del Acuerdo de 1992 no coincide con el de la legislación de extranjería, por lo que no permite excepcionar el régimen del procedimiento de devolución previsto en la LOEx<sup>606</sup>. Al respecto, MARTÍNEZ ESCAMILLA y SÁNCHEZ TOMÁS señalan que mientras «la legislación de extranjería establece los principios en virtud de los cuales un ciudadano extranjero puede ser sujeto de salida coactiva del territorio español (...), la regulación del Acuerdo de readmisión se encarga de regular el modo como debe ejecutarse esa salida cuando el destino es Marruecos»<sup>607</sup>.

Hasta agosto de 2018, el Acuerdo de 1992 se había aplicado en contadas ocasiones; sin embargo, este pareció reactivarse como consecuencia (según fuentes

---

<sup>604</sup> Independientemente de su denominación, este Acuerdo es considerado un Tratado Internacional en el sentido del artículo 2.a) Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ya que requirió la previa autorización de las Cortes Generales para que el Estado español pudiera prestar su consentimiento en quedar obligado por el mismo, en los términos del artículo 94.1 de la Constitución Española.

<sup>605</sup> España no es el único país de la Unión Europea que ha concertado este tipo de Acuerdos con los llamados «Estados de tránsito». El 29 de diciembre de 2007, Italia y Libia firmaron en Trípoli un acuerdo bilateral de cooperación para luchar contra la inmigración clandestina. Posteriormente, el 4 de febrero de 2009, estos dos países firmaron un Protocolo Adicional con la intención de reforzar la cooperación bilateral en la lucha contra la inmigración clandestina. En virtud de este último «Los dos Estados se comprometen a repatriar inmigrantes clandestinos y a concluir acuerdos con los países de origen con el fin de limitar la inmigración clandestina». Es importante destacar que Italia fue condenada por el TEDH (STEDH de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, as. 27765/09) por devolver a Libia, en aplicación de este acuerdo, a once ciudadanos somalíes y trece ciudadanos eritreos. Sobre dichos acuerdos y la mencionada sentencia se volverá en el Capítulo V.

<sup>606</sup> Es oportuno señalar al respecto que el Acuerdo, en su artículo 2, contempla ciertas garantías procedimentales relativas al extranjero tales como la necesidad de una solicitud por parte de España en la que consten datos relativos a la identidad, documentación personal, condiciones de la entrada ilegal y cualquier otra información que se disponga del mismo.

<sup>607</sup> Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS, «Devoluciones en caliente en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”», 10 de febrero de 2015, p. 14 [Disponible en: <http://eprints.sim.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR.pdf>. (Consultado por última vez el 11/08/2020)].

En el mismo sentido se pronunció el TSJ de País Vasco en su sentencia n.º 811/2009 de 16 de diciembre cuando desestimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 7 de enero de 2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de San Sebastián n.º 2. El TSJ del País Vasco argumentó que el Acuerdo hispano-marroquí de 1992 no sustituye el cumplimiento de la legalidad propia de cada uno de los Estados contratantes, en concreto, en relación con la asistencia jurídica gratuita que prevé el artículo 26.2 LOEx.

marroquíes) de «la nueva política migratoria europea», «los pagos que ha recibido Marruecos en concepto de cooperación y desarrollo» y «las últimas reuniones» mantenidas por dirigentes europeos»<sup>608</sup>. En cualquier caso, se ha podido comprobar que la aplicación del Acuerdo de 1992 permite que la readmisión de personas que han entrado en España irregularmente desde Marruecos se produzca tan solo 24 horas después de la interceptación<sup>609</sup>. El problema es que se depende de la voluntad de Marruecos para su aplicación, ya que en determinadas ocasiones se ha negado a recibir a los extranjeros esgrimiendo la imposibilidad para el Gobierno de España de demostrar que, efectivamente, los mismos habían entrado irregularmente desde Marruecos<sup>610</sup>.

### **3. EL ORIGEN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA: EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE CONTROL FRONTERIZO DE LA GUARDIA CIVIL DE 26 DE FEBRERO DE 2014 Y EL CONCEPTO DE FRONTERA OPERATIVA**

Fiel reflejo del desborde que provoca la inmigración irregular en el Espacio Schengen son los asaltos masivos a las vallas de Ceuta y Melilla. Como hemos tenido ocasión de comprobar, el régimen previsto por la LOEx para estos casos sería el procedimiento de devolución, al tratarse de extranjeros que «pretenden entrar ilegalmente en el país» [artículo 58.3.b) LOEx] y que se encuentran «en la frontera o en sus inmediaciones» (artículo 23.1 RLOEx). Sin embargo, la dificultad de la ejecución de las resoluciones de devolución y las garantías que comporta dicho procedimiento dilatan el proceso de repatriación en el tiempo y puede concluir, como hemos visto, con la puesta en libertad del inmigrante irregular.

Por todo ello, entendemos que la presión migratoria, las consecuencias para el orden público y la seguridad del Espacio Schengen de movimientos secundarios de personas sin identificar y el colapso de los CETI de Ceuta y Melilla fueron factores que

---

<sup>608</sup> Sonia MORENO, «La historia del acuerdo de devolución de migrantes a Marruecos que Pedro Sánchez ha sacado del cajón», 25 de agosto de 2018 (Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-readmision-migrantes-Marruecos-magrebies\\_0\\_807369599.html](https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-readmision-migrantes-Marruecos-magrebies_0_807369599.html) (Consultado por última vez el 11/08/2020)).

<sup>609</sup> Para más información sobre este acuerdo *vid.* Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, «El Acuerdo España - Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario español de Derecho Internacional*, n.º 22, 2006, págs. 255-284, y, más recientemente, Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, «Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017», *Revista General de Derecho Europeo* n.º 43, 2017, pp. 37 y ss.

<sup>610</sup> Este problema se plantea, sobre todo, en casos de entrada irregular por vía marítima por la dificultad para determinar el lugar desde el que parte la embarcación.

llevaron a la Dirección General de la Guardia Civil a emitir el Protocolo de actuación de control fronterizo de 26 de febrero de 2014. Este Protocolo ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina jurídica, al justificar las denominadas devoluciones en caliente mediante la consolidación y empleo del concepto de «frontera operativa» acuñado en 2005 por la Orden de servicio 21/2005 tras los primeros asaltos masivos a las vallas de las ciudades autónomas<sup>611</sup>. Al amparo de esta última, se dictó la Orden de Operaciones de la Comandancia de Ceuta 15/2011, aplicada en el trágico incidente del Tarajal del año 2014<sup>612</sup>. La relevancia social y política de estos hechos provocaron la publicación del Protocolo de la Dirección General de la Guardia Civil del año 2014, en un intento de dar una explicación a la actuación de la Guardia Civil en las fronteras terrestres y marítimas.

La naturaleza jurídica de estas órdenes y protocolos es desconocida, aunque es meridianamente claro, teniendo en cuenta las autoridades que los aprobaron, que carecen de rango de ley. Por ello, puede afirmarse que nos encontrábamos ante un significativo ejemplo del nivel de relajación al que llega el principio de legalidad en el ámbito de la interceptación<sup>613</sup>.

### 3.1 Contenido del Protocolo

Para contextualizar las instrucciones contenidas en el mencionado Protocolo es necesario recordar que la frontera hispano-marroquí situada en Melilla consta de un doble vallado, dentro del cual se ha dispuesto un mallado o sirga tridimensional que dificulta y ralentiza el paso de los inmigrantes que hayan conseguido saltar la primera valla. Al respecto, el Protocolo de la Dirección General de la Guardia Civil de 26 de febrero de

---

<sup>611</sup> Orden de servicio 21/2005 de la Subdirección General de Operaciones del Estado Mayor. Asunto: Dispositivo operativo en valla perimetral de Ceuta y Melilla.

<sup>612</sup> El 6 de febrero de 2014 quince migrantes murieron en la playa del Tarajal cuando intentaban acceder a la costa ceutí, custodiada por una barrera de Guardias Civiles que trataban de impedir la llegada a la costa de los extranjeros mediante el empleo de pelotas de goma y botes de humo. Los supervivientes fueron devueltos a territorio marroquí. Dada la existencia de vídeos sobre los acontecimientos, el Ministerio del Interior, en lugar de negar las devoluciones en caliente como había venido haciendo, las justificó basándose en el concepto de frontera operativa. Según el Informe del incidente del Tarajal redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil (8 de febrero de 2014) «para evitar riesgos en la integridad física de quienes intentan sobrepasar el espigón nadando, las embarcaciones de la Guardia Civil no suelen interceptarlos en la línea imaginaria sobre la mar que constituiría la frontera y que podría provocar el ahogamiento, sino que la práctica consolidada es hacer seguimiento con la embarcación por su seguridad e interceptarlos en la línea de agua de la playa anexa con una barrera de agentes que a efectos prácticos constituye el límite fronterizo». Es decir, «mediante una decisión libre y soberana» la frontera se retrotraería hasta el lugar donde las acciones de contención y rechazo puedan llevarse a cabo, quedando dicha línea fronteriza «materializada y visibilizada por la línea de agentes de vigilancia que, en cada caso y circunstancia, se establece desde el espigón hasta el agua de la playa que se estime necesario».

<sup>613</sup> Sobre esta cuestión *vid.* Capítulo III.

2014, en lo que aquí interesa, disponía lo siguiente: «Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuándo la entrada ilegal ha fracasado o cuándo se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión [valla interior]. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva, la cual solo se consuma definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna antes citada, en cuyo caso alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería». Así recoge el Protocolo de actuación de control fronterizo de 26 de febrero de 2014 el concepto operativo de frontera que se acuñó en 2005. Dicho concepto supone excepcionar la aplicación del régimen general de extranjería (concretamente, el procedimiento de devolución) empleando una ficción jurídica en virtud de la cual, pese a que el sistema de vallado se encuentra situado íntegramente en territorio español, la frontera, a los solos efectos de régimen de extranjería, vendría representada por la valla interior. Nos encontramos, en definitiva, ante lo que en el Capítulo I denominamos desterritorialización interna de los controles fronterizos.

De las previsiones del Protocolo y de las Órdenes de Servicio derivadas del mismo se desprende que, de conformidad con el concepto operativo de frontera, los inmigrantes comprendidos en el espacio inter-valla no se encuentran en territorio español<sup>614</sup>. No obstante, el *modus operandi* de la Guardia Civil en las vallas de Ceuta y Melilla también permite concluir que:

- Si, pese a haber superado la valla interior, el extranjero es contenido y rechazado por la Guardia Civil al descender de la misma, se considera que tampoco se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. Así lo demuestran numerosos vídeos, testigos de ONG e informes del CPT que denuncian las devoluciones automáticas

---

<sup>614</sup> El Protocolo de la Dirección General de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 dio lugar a la promulgación de Órdenes de Servicio sobre impermeabilización de frontera en las Comandancias de Ceuta y Melilla. En ellas se establece el procedimiento de intervención gradual por parte de la Guardia Civil en lo referente a la protección del perímetro fronterizo. Sirva como ejemplo la Orden de servicio de la Comandancia de Ceuta 14/2014, sobre «Vigilancia e Impermeabilización de Fronteras en la Ciudad de Ceuta» o la Orden de servicio 6/2014 titulada «Dispositivo anti-intrusión en la valla perimetral de Melilla y Protocolo operativo de vigilancia de fronteras», fechada el día 11 de abril de 2014. Es necesario señalar que dichas Órdenes de Servicio tienen carácter confidencial, lo que ha impedido su análisis a efectos de esta investigación.



a Marruecos de los inmigrantes que rebasan la segunda valla<sup>615</sup>. Por lo tanto, la aplicación por parte de la Guardia Civil del Protocolo de 2014 y de las Órdenes de servicio era contraria a la propia literalidad de dichos documentos, según los cuales los inmigrantes entraban en territorio nacional «una vez rebasada la valla interior» y «en todo caso, los inmigrantes que, rebasando las líneas de vigilancia y contención establecidas, consuman su entrada ilegal en territorio nacional (...) son entregados a la Comisaría más próxima del Cuerpo Nacional de Policía».

- Lo anterior nos permite deducir que, *de facto*, la frontera no vendría representada únicamente por la valla interior, sino por todos los elementos de contención fronterizos, incluidas las «fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia» o «barrera de agentes». Solo bajo esta interpretación se pueden explicar las continuas devoluciones a Marruecos de inmigrantes aprehendidos por la Guardia Civil, no solo en el espacio inter-valla, sino también al descender la valla interior.

En definitiva, el concepto de frontera operativa supone que, en las ciudades de Ceuta y Melilla, la jurisdicción española comienza cuando se atraviesan los elementos de contención fronterizos. Dichos elementos, en tierra, vienen representados por la valla interna (según el Protocolo de 2014) y los agentes de la Guardia Civil encargados de la vigilancia de la frontera (según la práctica consumada).

### 3.2 Consecuencias de la aplicación del Protocolo: las devoluciones en caliente

El Protocolo de actuación de control fronterizo de 26 de febrero de 2014 fue aplicado desde su aprobación hasta la entrada en vigor en el año 2015 de la DA 10ª LOEx, la cual, como veremos en el siguiente epígrafe, habilita legalmente las prácticas descritas bajo el nombre «Régimen especial de Ceuta y Melilla». No obstante, como hemos apuntado, las devoluciones en caliente no nacen con el mencionado Protocolo, sino con la Orden de servicio 21/2005. Por tanto, desde el año 2005 hasta el año 2015, la mayoría de los migrantes (todos excepto los que precisaban atención médica) que no conseguían superar el cordón de guardias civiles desplegados junto a la valla interior eran inmediatamente devueltos a Marruecos, en ocasiones esposados, sin ser identificados y sin aplicárseles las garantías que correspondían de conformidad con la LOEx. Es decir, teníamos una medida de interceptación regulada por disposiciones de rango no legal

---

<sup>615</sup> A estos medios de prueba se hará referencia con ocasión del análisis de la STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15.

(devolución en caliente) que se aplicaba con carácter preferente al procedimiento previsto por la ley sectorial vigente para estos mismos casos (procedimiento de devolución). En este sentido se manifestaba la Defensora del Pueblo, Soledad BECERRIL, en su comparecencia ante el Senado en 2013 para presentar su informe anual cuando recordaba que las devoluciones en caliente «no existen en la Ley de Extranjería»<sup>616</sup>. En nuestra opinión, la única explicación jurídicamente viable (aunque cuestionable desde el punto de vista de los derechos humanos) para justificar este fenómeno era considerar que el Protocolo de febrero de 2014 constituía una aplicación directa del artículo 13 CFS 2016, el cual, como explicamos en el Capítulo III, también puede considerarse como título habilitante de este tipo de medidas.

Para el Comité de Prevención de la Tortura, «la práctica descrita de devolver inmediatamente y por la fuerza a los inmigrantes irregulares, sin identificación previa o evaluación de sus necesidades, es una flagrante vulneración del principio de no devolución (...)»<sup>617</sup>. La misma opinión le merecieron dichas prácticas al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa Nils MUIŽNIEKS tras su visita a Madrid y Melilla entre el 13 y el 16 de junio de 2015. Esta última respondía al conocimiento de la existencia de un proyecto de ley para introducir el Régimen Especial de Ceuta y Melilla. Tras su visita, MUIŽNIEKS llamó la atención respecto a las prácticas consistentes en devolver automáticamente a Marruecos a los inmigrantes que intentaban entrar a Melilla en grupo, escalando la valla que rodea la ciudad. Según el Comisario, estas devoluciones «se realiza[ba]n al margen de cualquier procedimiento legal y sin identificar a las personas afectadas ni evaluar sus circunstancias individuales, lo que imp[edía] a los inmigrantes ejercer su derecho a solicitar una protección internacional en España»<sup>618</sup>. Además, añadía que «a los inmigrantes devueltos de esta forma desde Melilla se les priva[ba] de todo recurso efectivo que les permitiese impugnar su rechazo o solicitar la reparación por los malos tratos que pudieran haber sufrido durante las operaciones de rechazo»<sup>619</sup>. Por todo ello, instaba a las autoridades españolas «a velar porque cualquier

---

<sup>616</sup> Comparecencia de la Defensora del Pueblo ante el Senado para concluir la tramitación del Informe del Defensor del Pueblo del año 2013 (Declaraciones disponibles en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/la-defensora-del-pueblo-concluye-en-el-senado-el-tramite-parlamentario-del-informe-anual-2/> (Consultado por última vez el 11/08/2020)).

<sup>617</sup> Informe del Comité de Prevención de la Tortura, Tratos inhumanos y Degradantes de 9 de abril de 2015 con ocasión de la visita efectuada a España entre el 14 y el 18 de julio de 2014, ap. 48.

<sup>618</sup> Nils MUIŽNIEKS, *Informe anual de actividad de 2015 del Comisario europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa presentado el 14 de marzo de 2016*, apud STEDH de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. c. España, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, ap. 57.

<sup>619</sup> *Ibidem*, ap. 57.

texto legislativo futuro sea completamente conforme con dichas obligaciones, que consisten principalmente en garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, a proporcionar protección contra el rechazo y a no proceder a expulsiones colectivas»<sup>620</sup>. De las declaraciones de la Defensora del Pueblo española en 2013, del informe del CPT y del informe del Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa se derivaba que la aplicación en España del artículo 13 CFS 2016 no parecía ser compatible, en la forma en que se estaba llevando a cabo, con la normativa de protección de los derechos humanos.

La adecuación de las devoluciones en caliente al CEDH se abordará con posterioridad mediante el análisis del caso *N.D. y N.T. c. España* ante el TEDH, sirva ahora con señalar que el mencionado tribunal se ha pronunciado en dos ocasiones, la primera condenatoria (STEDH de 3 de octubre de 2017) y la segunda absolutoria (STEDH 13 de febrero de 2020), sobre las demandas interpuestas por un nacional maliense y otro marfileño que intentaron entrar ilegalmente en territorio español el 13 de agosto de 2014 saltando la valla de Melilla y fueron devueltos a Marruecos de manera inmediata en aplicación del Protocolo de 26 de febrero de 2014.

### 3.3 La inexistente fundamentación jurídica del concepto de frontera operativa

Además de la aparente contradicción de las devoluciones en caliente con la normativa de protección de los derechos humanos, existen varios argumentos que permiten cuestionar la viabilidad jurídica del fundamento sobre el que se sustentan (el concepto operativo de frontera). El primero es el hecho, reconocido por el propio Gobierno de España, de que el actual sistema de vallado se encuentra situado íntegramente en territorio español. El segundo es que, incluso pasando por alto el hecho anterior, España ejerce su jurisdicción sobre el mencionado sistema de vallado para, en aplicación del artículo 13 CFS 2016, controlar la entrada irregular en el Espacio Schengen.

#### 3.3.1 La construcción de la valla de Melilla en territorio español

De acuerdo con lo analizado en el epígrafe primero de este Capítulo, a nuestro entender, considerando efectiva la presunta renuncia del Estado español a los territorios situados más allá de la valla exterior de Melilla, el territorio nacional quedaría delimitado, precisamente, por dicha valla exterior; pero en ningún caso por la valla interior o el cordón

---

<sup>620</sup> *Ibidem*, ap. 57.

de guardias civiles situados detrás de esta última. A esta conclusión llegó también el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Melilla en su auto de 11 de septiembre de 2014: «la frontera de España con Marruecos quedaría en consecuencia delimitada, al menos, por la valla exterior del complejo fronterizo, debiéndose aplicar a partir de ella la legislación española, sin limitación de ningún tipo» (FJ n.º1)<sup>621</sup>. De forma similar, la Defensora del Pueblo en su informe del año 2013 consideró que «si [los extranjeros] están en territorio español y creemos que lo están [cuando se encuentran subidos en las vallas del puesto fronterizo de Melilla] (...), a esas personas tenemos que tratarlas conforme a la legalidad»<sup>622</sup>.

En última instancia, parece difícilmente compatible con la interdicción de la arbitrariedad y el principio de seguridad jurídica que un gobierno modifique la frontera de un Estado de forma caprichosa, «a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros» (Protocolo de 26 de febrero de 2014) y «mediante una decisión libre y soberana» (Informe del incidente del Tarajal redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil de 8 de febrero de 2014). En la misma línea, el Defensor del Pueblo en su informe de 2005 ya había sostenido que «no corresponde a la Administración española determinar dónde ha de comenzar a regir la legislación de nuestro país (...) [de forma que] la Administración no puede determinar dónde coloca los obstáculos que será preciso traspasar para considerar que se ha entrado en territorio español»<sup>623</sup>.

### 3.3.2 La extraterritorialidad de la jurisdicción

Existe otro argumento que permitiría responsabilizar a las autoridades españolas de las devoluciones en caliente incluso si la totalidad de la valla y los guardias civiles que la vigilan estuvieran situados en territorio marroquí, y es el sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.3 CE). Dicho principio no solo se proyecta a los supuestos en que la actividad de estos

---

<sup>621</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Melilla de 11 de septiembre de 2014, n.º de recurso 437/2014. El mismo trae causa del procedimiento judicial sustanciado a raíz de los incidentes del Tarajal de febrero de 2014.

<sup>622</sup> Defensor del Pueblo, *Informe anual 2013 y debates en las Cortes Generales II. Debates y comparecencias*, Madrid, 2014, p. 86 [Disponible en: [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013\\_Informe\\_Anuar\\_Vol\\_II\\_informe\\_2013\\_DP\\_web.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013_Informe_Anuar_Vol_II_informe_2013_DP_web.pdf) (Consultado por última vez el 23/08/2020)].

<sup>623</sup> Defensor del Pueblo, *Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2006, p. 292 [Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2005informe.pdf> (Consultado por última vez el 23/08/2020)].

poderes se desarrolla en zona de soberanía territorial española, sino que también quedan sometidos al imperio de la ley por la mera circunstancia de ser una actividad desarrollada por empleados públicos españoles en el desempeño de sus cargos (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2º). Desde el momento en que son aprehendidos (ya sea en el espacio inter-valla, en la valla interior o al descender de ella), los migrantes pasan a estar bajo la jurisdicción y control de la Guardia Civil y, por lo tanto, del Reino de España. En este sentido se pronunció el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Melilla en su auto de 11 de septiembre de 2014. Según el juez «el ejercicio por las autoridades españolas del control de hecho y su autoridad sobre los inmigrantes en la zona discutida [espacio inter-valla], determina de modo forzoso la resolución del conflicto conforme al ordenamiento jurídico español. Por consiguiente, el rechazo de forma inmediata de los inmigrantes interceptados en la zona intermedia del vallado, a través de las puertas de la valla más cercana al territorio marroquí, sin observancia de lo estipulado por nuestro ordenamiento jurídico en materia de extranjería, constituye una decisión contraria a derecho, en cuanto prescinde absolutamente de los procedimientos legales previstos, ya sea expulsión, devolución o denegación de entrada, al tiempo que ignora las garantías que asisten a los extranjeros en caso de expulsión -entendida en sentido amplio- esto es, asistencia letrada y, en su caso, intérprete, así como derecho a un recurso efectivo, y, priva o limita gravemente el derecho a solicitar asilo».

Como veremos con posterioridad, el control de facto también fue el argumento del TEDH para considerar aplicable el CEDH en el pronunciamiento de Sala sobre el caso *N.D. y N.T. c. España* de 3 de octubre de 2017.

#### **4. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA**

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana, mediante su Disposición Final Primera, incorporó la DA 10ª en la LOEx introduciendo el llamado Régimen especial de Ceuta y Melilla. Su regulación es la siguiente:

DA 10ª Régimen Especial de Ceuta y Melilla:

«1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de

contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».

Como hemos adelantado, la especial situación geográfica de Ceuta y Melilla como única frontera terrestre de la Unión Europea en África bien puede justificar la necesidad de un régimen especial. Sin embargo, cabe preguntarse en qué se diferencia el régimen especial de Ceuta y Melilla del régimen ordinario que prevé la LOEx para casos de entrada irregular de migrantes en territorio español.

#### 4.1 Ámbito de aplicación. La evolución del concepto operativo de frontera

El ámbito de aplicación del Régimen Especial de Ceuta y Melilla se encuentra delimitado en el apartado 1º de la DA 10 LOEx, cuando se refiere a «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera [...]». Como hemos adelantado con ocasión del análisis del Protocolo de 26 de febrero de 2014, a este supuesto de hecho, *a priori*, le sería de aplicación el procedimiento administrativo de devolución. De hecho, es el que se utilizaba normalmente antes del inicio de las devoluciones en caliente, al tratarse de extranjeros que «pretenden entrar irregularmente en el país» y son interceptados por la Guardia Civil «en la frontera [en la misma valla fronteriza] o en sus inmediaciones». Por lo tanto, cabe preguntarse qué pretendió el legislador al regular el Régimen Especial de Ceuta y Melilla, ya que nos encontramos con dos regímenes que regulan la tentativa de entrada en el territorio.

Al hacer referencia a «la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla» el precepto parece aplicarse, al contrario que el Protocolo de 26 de febrero de 2014, en exclusiva a la frontera terrestre. Así lo interpretaba el renovado Protocolo de

actuación integral en Ceuta y Melilla<sup>624</sup>, referido exclusivamente a la frontera terrestre y que debía haber entrado en vigor el mismo día que la disposición objeto de análisis<sup>625</sup>. De hecho, el Protocolo justificaba la especialidad de dicha frontera «por cuanto, además de delimitar el territorio de soberanía nacional y el espacio Schengen, conforman la única *frontera exterior terrestre* de Europa Occidental, siendo, además, la única ubicada en el continente africano».

Para parte de la doctrina, los elementos de contención fronterizos, «por definición, solo pueden aparecer referidos a estructuras de carácter permanente establecidas *ex professo* en la zona fronteriza con la finalidad de dificultar el acceso al territorio nacional»<sup>626</sup>. Es decir, para este sector doctrinal los elementos de contención fronterizos vendrían representados por la valla. No obstante, otra interpretación nos permitiría incluir en dicho concepto a las Fuerzas de Seguridad encargadas de la vigilancia de las fronteras, la Guardia Civil, en línea con lo que hemos venido indicando. Dicha interpretación deriva de una apreciación conjunta de varios factores:

- Al contrario que el Protocolo de 26 de febrero de 2014, el cual disponía literalmente que «la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional (...) se materializa por la valla en cuestión [valla interior]», la DA 10ª LOEx omite cualquier referencia al sistema de vallado. Alternativamente, utiliza un concepto jurídico indeterminado como es el de «elementos de contención fronterizos». Si, como hemos señalado, el precepto parece exclusivamente aplicable a la frontera terrestre, la no utilización de la valla como delimitación del territorio manifiesta una cierta tendencia a la ambigüedad en el legislador.

---

<sup>624</sup> En nota de prensa del Ministerio del Interior de 22 de octubre de 2014 se anunció la entrada en vigor de dicho Protocolo mediante instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad. Para consultar del contenido, *vid.*: [http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2687327](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2687327) [Consultado por última vez el 11/08/2020]. No obstante, en la fecha de realización de este estudio, no se tiene constancia de su entrada en vigor definitiva, aunque su contenido pueda servir de referencia a efectos de investigación.

<sup>625</sup> Disposición final quinta LOPSC (Entrada en vigor): «Esta Ley orgánica entrará en vigor el 1 de julio de 2015, salvo la disposición final primera, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

<sup>626</sup> Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y otros, «Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos? Análisis de la Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana». Informe jurídico de 13 de abril de 2015, p. 11 [Disponible en <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf> (Consultado por última vez el 11/08/2020)].

- En apoyo a esta tesis, el fallido Protocolo de actuación integral en Ceuta y Melilla (que vendría a sustituir al de 2014 y que entraría en vigor junto con la DA 10ª) según el cual «la entrada ilegal en España de inmigrantes se entenderá consumada en caso de rebasar completamente *el sistema perimetral de seguridad*». Esta redacción representa una evolución del concepto operativo de frontera, teniendo en cuenta que el Protocolo de 26 de febrero de 2014 disponía que la entrada en territorio español «solo se consuma definitivamente cuando el inmigrante rebasa *la valla interna antes citada*». Entendemos que la omisión consciente del Gobierno del sistema de vallado en el fallido nuevo Protocolo, como enunciaba específicamente el anterior Protocolo, implica la inclusión de la Guardia Civil en dicho sistema perimetral de seguridad. En este sentido se manifestó el Secretario de Estado de Seguridad en 2014, Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ, cuando señaló que «el actual *sistema de impermeabilización de la frontera terrestre (...) se compone de los siguientes elementos: un sistema de detección avanzada, sustentado por un conjunto de cámaras y sensores; un sistema de obstáculos de retardo, mediante la combinación de vallas desplegadas en profundidad con una finalidad disuasoria, en primer término, y en segundo, con la finalidad de impedir o en su caso retardar la intrusión; y en tercer lugar, un dispositivo activo de vigilancia, contención y rechazo que la Guardia Civil lleva a cabo apoyándose en los elementos físicos antes citados y mediante la legítima utilización de la fuerza*»<sup>627</sup>.

- Por último, refuerzan esta interpretación las alegaciones del Gobierno de España en el caso *N.D. y N.T. c. España* ante el TEDH. Según el ejecutivo, la jurisdicción española comienza «tras la línea de policía, la cual forma parte de las “medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente” en el sentido del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen. En otras palabras, la jurisdicción española comienza únicamente cuando los migrantes han cruzado las tres vallas que conforman el sistema fronterizo y han traspasado la línea policial» (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 91)<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> Comparecencia del Secretario de Estado de Seguridad Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ ante el Congreso de los Diputados sobre los hechos acontecidos en febrero de 2014 en la playa del Tarajal (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 26, X Legislatura, 19 de marzo de 2014).

<sup>628</sup> En este punto es necesario señalar las palabras del ex Ministro del Interior Jorge FERNÁNDEZ DÍAZ ante la Comisión del Congreso sobre los incidentes en la playa del Tarajal. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión n.º 15 celebrada el 13 de febrero de 2014: «Las especiales características de las



En definitiva, conceptos como «elementos de contención fronterizos», «sistema perimetral de seguridad» y, sobre todo, las alegaciones del Gobierno de España en el caso *N.D. y N.T. c. España* nos invitan a concluir que el legislador pretendía que el rechazo en frontera se pueda llevar a cabo mientras los extranjeros no hayan sobrepasado, además de la valla interna, el conjunto de Guardias Civiles que secundan la misma<sup>629</sup>. Por lo tanto, la DA 10ª LOEx supondría una evolución del concepto de frontera operativa: si, según la literalidad del Protocolo de 26 de febrero de 2014, la entrada en España «solo se consuma[ba] definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna», la literalidad de la DA 10ª LOEx permite concluir que la entrada en España se entiende consumada cuando los inmigrantes rebasan «los elementos de control fronterizo», entre los cuales se encuentran los agentes de la Guardia Civil situados a retaguardia de la valla interior.

Desde un punto de vista jurídico ello supondría, «a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros» (Protocolo de febrero de 2014), la inaplicación del ordenamiento jurídico español hasta que no se ha superado la barrera de agentes encargados de la vigilancia de frontera<sup>630</sup>, que es precisamente lo que alegaba el Gobierno de España en la STEDH *N.D. y N.T. c. España* de 13 de febrero de 2020 mencionada anteriormente. Esta es la diferencia respecto al procedimiento de devolución: se ha habilitado una fórmula que permite devolver al extranjero que haya entrado irregularmente sin aplicar las garantías que contempla nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, como señaló el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa Nils

---

fronteras terrestres exteriores de Ceuta y también de Melilla, sometidas a una presión constante de la inmigración irregular, mediante frecuentes asaltos masivos y teniendo en cuenta igualmente sus características geográficas y topográficas, hicieron aconsejable a comienzo de los años noventa, y a continuación por los sucesivos Gobiernos de la nación, estudiar y establecer un conjunto de obstáculos que se apoyan en los elementos siguientes: un sistema de detección avanzado a base de cámaras y sensores; un obstáculo de vallas, cuya finalidad es la de disuadir, en primer término, y la de obstaculizar o impedir en un segundo término; *las medidas activas de vigilancia, contención y rechazo que la Guardia Civil lleva a cabo, apoyándose en el sistema de vallas anterior mediante el empleo legítimo de la fuerza basado en el uso de medios antidisturbios reglamentarios* por personal adiestrado y conforme a los procedimientos técnicos autorizados, ajustados, como he dicho anteriormente, a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad como principios básicos de actuación, tal como aparecen recogidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». Dichas palabras avalan la tesis de que los elementos de contención fronterizos, o lo que el ex Ministro llamó «obstáculos», incluyen la actuación de «contención y rechazo» llevada a cabo por la Guardia Civil.

<sup>629</sup> Vid. Epígrafe 3.1 de esta Capítulo: «Contenido del Protocolo».

<sup>630</sup> Esta interpretación permite realizar un paralelismo con el concepto de frontera operativa que preveía el Protocolo de la Dirección General de la Guardia Civil de 2014 en casos de entrada irregular por vía marítima. En estos casos la frontera «queda[ba] materializada y visibilizada por la línea de agentes de vigilancia que, en cada caso y circunstancia, se establece desde el espigón hasta el lugar de la playa que se estime necesario». El problema es que en el caso terrestre no existen justificaciones como «el grave peligro para la integridad física de los inmigrantes que supone el uso de la fuerza en el escenario marítimo (...), la aleatoriedad de los incidentes o la acción de las mareas».

MUIŽNIEKS, con este precepto parece que el legislador quiso dar respaldo a las actuaciones que ya se venían realizando bajo el paraguas del Protocolo de la Guardia Civil de febrero de 2014<sup>631</sup>.

#### 4.2 Puesta en práctica del rechazo en frontera

El rechazo en frontera no ha sido desarrollado ni por la LOEx ni por el RLOEx. No obstante, de la literalidad del apartado 1 del Régimen Especial de Ceuta y Melilla, se puede extraer la voluntad específica del legislador de diferenciar este procedimiento del de devolución, al no haber utilizado este último término. Cabe preguntarse pues qué significa el término «rechazo». Según la Real Academia Española, se entiende por rechazar «forzar a algo o alguien a que retroceda», lo cual, desde un punto de vista jurídico y en el contexto en el que nos encontramos, supone un ejercicio de jurisdicción por parte del Estado, un uso de la fuerza por parte de quien rechaza (en este caso, la Guardia Civil). Según el precepto, tal rechazo se efectuará con la finalidad de «impedir la entrada ilegal en España». En lo que yerra el legislador es en interpretar que a un sujeto que está siendo rechazado, sobre el cual se está ejerciendo la jurisdicción, y que se encuentra en un sistema perimetral de seguridad situado enteramente en territorio español, no le son aplicables las garantías del ordenamiento jurídico español.

Esa interpretación del legislador provoca que el rechazo en frontera de la DA 10ª LOEx, apoyado en el evolucionado concepto de frontera operativa, siga permitiendo, *de facto*, la devolución inmediata a Marruecos de los inmigrantes que sean detectados cuando han superado o mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos. Es decir, el *modus operandi* de la Guardia Civil en la valla de Melilla continúa siendo el mismo tras la entrada en vigor de la mencionada disposición. Esta última afirmación se basa en el Informe de la misión de investigación del Embajador Tomáš BOČEK, representante especial del Secretario General del Consejo de Europa, llevada a cabo en España durante la primavera de este 2018, sobre la situación respecto a Migrantes y Refugiados. Según el citado documento, la Guardia Civil no establece comunicación alguna con los migrantes, limitándose a devolverlos a Marruecos «sin previa identificación ni registro» a través de «unas puertas especiales» que se encuentran ubicadas en la valla y que son distintas de los puestos fronterizos. Si hay necesidad de

---

<sup>631</sup> STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, ap. 143.

asistencia médica, Cruz Roja interviene en ese mismo instante y lugar antes de proceder a la devolución<sup>632</sup>.

Todo parece indicar que en la DA 10ª LOEx nos encontramos con la regulación de una medida de interceptación de las analizadas en el Capítulo III. Concretamente, se trata de una medida de reacción de naturaleza correctiva llevada a cabo con la finalidad de restablecer la legalidad y que comporta una compulsión física sobre aquellas personas que hayan consumado el intento de cruzar irregularmente la frontera. De hecho, su configuración y naturaleza es muy similar a la medida de interceptación consistente en «ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial (...) inclusive escoltándolo o navegando junto a él hasta que se confirme que el buque se atiene a ese itinerario indicado» [artículo 6.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima]. Como anticipábamos en el mencionado Capítulo, se trata de uno de esos casos en los que el legislador nacional ha interpretado el artículo 13 CFS 2016 como un *numerus apertus*, entendiendo que, frente a aquellos que hayan cruzado irregularmente la frontera, caben medidas de interceptación distintas a la detención y conducción al puesto fronterizo más cercano. Por ello, parece que nos encontramos con una oportunidad idónea para analizar detalladamente si esta interpretación es compatible con el acervo de la Unión relativo a inmigración y asilo.

#### 4.3 La adecuación de las garantías previstas en la DA 10ª LOEx al Derecho de la Unión

De conformidad con el apartado 2 de la DA 10ª LOEx «En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Por su parte, el apartado 3 dispone que «Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional». Dada la existencia de dos pronunciamientos del TEDH al respecto, entendemos que el análisis concreto de la compatibilidad del Régimen Especial de Ceuta y Melilla con el CEDH debe realizarse de forma autónoma. Por ello, en esta sede nos limitaremos a analizar la adecuación de estas prácticas a la Directiva Retorno y a la Directiva sobre Procedimientos de Asilo.

---

<sup>632</sup> Tomáš BOČEK, *Informe de 3 de septiembre de 2018 con ocasión de la misión de investigación llevada a cabo en España sobre la situación respecto a Migrantes y Refugiados*. Disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016808d2c31#\\_Toc521315628](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808d2c31#_Toc521315628) [Consultado por última vez el 11/08/2020].

#### 4.3.1 Compatibilidad del rechazo en frontera con la Directiva Retorno

En teoría, de conformidad con el artículo 13.1 CFS 2016 «Toda persona que *haya cruzado una frontera ilegalmente* y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate *será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE* [Directiva Retorno]». De hecho, al hilo de esta previsión y de las prácticas de algunos Estados miembros en sus fronteras exteriores, la Comisión realizó una sugerente apreciación en el Manual de Retorno, interpretativo de la Directiva Retorno<sup>633</sup>. Según la institución europea, «con frecuencia, las personas a las que se ha denegado la entrada y que se encuentran en una zona de tránsito o una zona fronteriza de un Estado miembro están sujetas a normas especiales de los Estados miembros: en virtud de una “ficción jurídica”, en ocasiones se considera que esas personas “no se encuentran en el territorio del Estado miembro” en cuestión y se les aplican normas diferentes. La Directiva relativa al retorno no sigue este enfoque y considera que cualquier nacional de un tercer país que se encuentre físicamente en el territorio de un Estado miembro está cubierto por su ámbito de aplicación». Esta interpretación parece más orientada a las denegaciones de entrada producidas como consecuencia de una inspección fronteriza en un puesto fronterizo habilitado que a aquellas derivadas de una entrada irregular. Sin embargo, entendemos que su última parte es una mera aclaración del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno y, por tanto, extrapolable a los casos objeto de análisis. Por ello, en principio, el Manual de Retorno precluye prácticas como la española que impiden la aplicación de la Directiva Retorno basándose en la ficción jurídica que representa el concepto operativo de frontera.

La única vía de la que dispone un Estado miembro para excluir del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno a aquellos migrantes que hayan cruzado irregularmente la frontera es aplicando la propia excepción contemplada en su artículo 2.2.a): los denominados casos fronterizos<sup>634</sup>. Eso sí, como se apuntó en el Capítulo III, para que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva tenga efectos jurídicos es necesario, según el Manual de Retorno, que el Estado miembro lo establezca claramente y con

---

<sup>633</sup> Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno.

<sup>634</sup> En lo que aquí nos interesa, estos vienen constituidos por aquellas situaciones en las que los migrantes irregulares «son detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro». *Vid.* Capítulo III.

carácter previo en la legislación nacional de aplicación<sup>635</sup>. Como hemos podido comprobar, del tenor literal de la DA 10ª LOEx no se desprende que el procedimiento de rechazo en frontera implique una excepción a la aplicación de la Directiva Retorno. No obstante, incluso en el caso de que tal excepción se encontrara implícita en la propia disposición, las autoridades españolas tienen ciertos límites a la hora de hacer uso de tal posibilidad.

En virtud del artículo 4.4 Directiva Retorno, los Estados miembros asegurarán el cumplimiento de garantías básicas, como el principio de no devolución o la toma en consideración de personas vulnerables respecto a los nacionales de terceros países que hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud, precisamente, del artículo 2.2 de la misma. Como afirmó el CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado), la Directiva Retorno no permite ninguna excepción al principio de no devolución<sup>636</sup>. Sin embargo, tomando como referencia el *modus operandi* seguido por la Guardia Civil en aplicación de la DA 10ª LOEx descrito por Tomáš BOČEK, no parece que el rechazo en frontera permita respetar el principio de no devolución. Entendemos que la falta de asistencia jurídica y de intérpretes de la que deja constancia BOČEK puede justificarse con el presunto acogimiento de España al artículo 2.2.a) de la Directiva Retorno y la reducción de garantías que ello comporta. Sin embargo, no sucede lo mismo con la falta de identificación de dichas personas, lo cual es un requisito imprescindible para determinar si su entrega a las autoridades marroquíes implicaría una vulneración del principio de no devolución o una falta de consideración de circunstancias que pudieran acreditar su vulnerabilidad (minoría de edad, estado de gestación, etc.). En la misma línea, el TEDH también acepta que los Estados miembros pueden acogerse a la excepción contemplada en el artículo 2.2.a) para los casos fronterizos y aplicar procedimientos

---

<sup>635</sup> En virtud del mencionado Manual de Retorno «Si un Estado miembro no ha hecho pública, previamente, su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en el artículo 2, apartado 2, letras a) o b), de la Directiva relativa al retorno, no podrá servirse de estas disposiciones como motivación para no aplicar posteriormente la Directiva relativa al retorno en casos individuales» (p. 94).

<sup>636</sup> STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, ap. 159. De hecho, el CEAR iba más allá en sus alegaciones, considerando que, aunque España se acogiera a la posibilidad de no aplicar la Directiva Retorno, debía tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Directiva relativos a la forma de la resolución de expulsión y los recursos que cabe plantear frente a ella. Sobre este aspecto tenemos algunas dudas, ya que el artículo 4.4 de la Directiva no menciona explícitamente que dichos preceptos se consideren aplicables a los casos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, como sí hace, por ejemplo, con los artículos 8, 14, 16 y 17.

simplificados de retorno, pero sometiéndose al cumplimiento de las condiciones del artículo 4.4 de la Directiva, «incluyendo el [respeto al] principio de no devolución»<sup>637</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece que la Disposición Adicional Décima de la LOEx podría ser contraria al Derecho de la Unión, en concreto a la Directiva Retorno y, como consecuencia, al artículo 19.2 CDFUE (principio de no devolución).

#### 4.3.2 Compatibilidad del rechazo en frontera con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo

En lo que respecta al derecho a solicitar protección internacional, el apartado 3 de la DA 10 LOEx es bastante ambiguo, pues no se alcanza entender si habilita la posibilidad para la persona interceptada de acudir al puesto fronterizo para solicitar protección internacional tras haber cruzado la frontera irregularmente (lo cual implicaría el acceso al puesto fronterizo desde el propio territorio español) o es un mero recordatorio de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, el cual está pensado para aquellas solicitudes de protección internacional formuladas en puestos fronterizos desde el exterior del territorio español<sup>638</sup>. Teniendo en cuenta el relato de BOČEK, parece que la opción más plausible es la segunda, no existiendo posibilidad para la persona interceptada de solicitar asilo en el puesto fronterizo más cercano. Aquel denunciaba que, aunque la LOEx contiene una garantía general de que los rechazos en frontera se realizarán de acuerdo con la normativa internacional de protección de los derechos humanos, «en la práctica» la Guardia Civil no tiene un protocolo relativo a los migrantes que cruzan irregularmente la frontera que permita a sus agentes identificar las personas necesitadas de protección internacional y adoptar las medidas adecuadas para garantizar su acceso a un procedimiento de asilo eficiente<sup>639</sup>. De hecho, terminaba afirmando que los migrantes no tienen acceso a las oficinas de asilo situadas en los puestos fronterizos<sup>640</sup>.

A nuestro entender, el rechazo en frontera es una medida de interceptación contraria a la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, la cual, como hemos repetido en

---

<sup>637</sup> STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, ap. 182. El TEDH cita, precisamente, la STJUE de 7 de junio de 2017, *Affum*, as. C-47/15, ap. 74, como referencia para afirmar la vigencia del principio de no devolución en los casos en los que se excluyan los casos fronterizos del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno.

<sup>638</sup> En este sentido, *vid.* STS de 7 de noviembre de 2016, n.º 4756/2016, y STS de 2 de noviembre de 2015, n.º 4529/2015.

<sup>639</sup> STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, ap. 58.

<sup>640</sup> *Ibidem*, ap. 58.

numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, resulta de aplicación en el territorio de los Estados miembros. Como consecuencia, debe interpretarse que las personas que son interceptadas con ocasión del cruce irregular de la frontera, dado que acaban en territorio español, pueden solicitar asilo en España. De hecho, según el artículo 4.1 Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo (en adelante, Reglamento de la Ley de Asilo) «El extranjero que desee obtener el asilo en España presentará su solicitud *ante cualquiera de las siguientes dependencias*: Oficina de Asilo y Refugio; Puestos fronterizos de entrada al territorio español; Oficinas de Extranjeros; Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior; Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero».

Entendemos que puedan introducirse condiciones para el ejercicio de este derecho en casos de entrada irregular, como puede ser la necesidad de realizar la solicitud obligatoriamente en el puesto fronterizo más cercano o que quepa la posibilidad de tramitar esta última de manera urgente<sup>641</sup>. De hecho, como apuntamos en el Capítulo III, así lo prevé el artículo 31.8 de la propia Directiva sobre Procedimientos de Asilo. Lo que no es compatible con el CFS 2016, con la CDFUE, con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo ni con la propia ley nacional reguladora del derecho de asilo es expulsar a una persona del territorio nacional sin permitirle realizar una solicitud por el simple hecho de que haya entrado de manera irregular<sup>642</sup>. En primer lugar, porque ni la Directiva sobre Procedimientos de Asilo ni la Ley de Asilo contemplan entre las causas de exclusión o inadmisión de la solicitud la entrada irregular del solicitante<sup>643</sup>, y, en segundo lugar,

---

<sup>641</sup> Así lo contempla el artículo 6.3 de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, conforme al cual «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes de protección internacional se presenten personalmente y/o en un lugar determinado», y así parece desprenderse también del artículo 19.4 Ley de Asilo («Efectos de la presentación de la solicitud»), en virtud del cual «Las personas solicitantes de asilo tienen derecho a entrevistarse con un abogado en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. Reglamentariamente, y sin perjuicio de las normas de funcionamiento establecidas para las citadas dependencias y centros, podrán establecerse condiciones para el ejercicio de este derecho derivadas de razones de seguridad, orden público o de su gestión administrativa».

<sup>642</sup> Así lo entienden también ACNUR y el CEAR, de conformidad con las alegaciones realizadas en el proceso resuelto por la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, asuntos acumulados 8675/15 y 8697/15, apartados 154 y 159, respectivamente. En resumen, ambos comparten la opinión de que, dada la ausencia de una identificación de las personas interceptadas y de una consideración individualizada de sus circunstancias, el rechazo en frontera es contrario a la Directiva sobre Procedimientos de Asilo.

<sup>643</sup> *Vid.* Artículo 33 Directiva sobre Procedimientos de Asilo y artículos 8, 9, 11 y 12 de la Ley de asilo. Por su parte, el artículo 17.2 de la Ley de Asilo establece que «la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley».

porque, como expusimos en el Capítulo III, tanto el CFS 2016 como la LOEx descartan la antijuridicidad de la entrada irregular de los solicitantes de protección internacional<sup>644</sup>.

En conclusión, las personas que quieran solicitar protección internacional en España y estén fuera del territorio español deberán utilizar los cauces previstos por la normativa para tales casos (v.g. los puestos fronterizos habilitados al efecto). No obstante, dado que la entrada irregular no está sancionada por la normativa en materia de asilo en la Unión Europea, no parecen admisibles las medidas de interceptación que impiden materialmente ejercer el derecho a solicitar asilo en el territorio de un Estado miembro, sin perjuicio de que sea posible establecer ciertas restricciones o condiciones para estos casos.

## **5. COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS**

Como venimos anticipando a lo largo de este capítulo, la compatibilidad de las devoluciones en caliente con el CEDH precisaba ser abordada de forma independiente y pormenorizada. La razón es la existencia de, no solo un pronunciamiento concreto del TEDH sobre esta cuestión, sino dos: el primero la STEDH de Sala de 3 de octubre de 2017 y el segundo la STEDH de Gran Sala de 13 de febrero de 2020. Pronunciamientos que, además, son contradictorios entre sí (el primero condenatorio y el segundo absolutorio), circunstancia que simboliza la enorme controversia suscitada por el caso *N.D. y N.T. c. España* en la doctrina jurídica. Y no es para menos, pues se trata de una sentencia que sienta un precedente sobre las prácticas de los Estados consistentes en rechazar en sus fronteras exteriores a grupos de migrantes que pretenden entrar de forma

---

<sup>644</sup> Sirva en esta sede con recordar los siguientes preceptos:

- Artículo 3 CFS 2016 «El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a: (...) b) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución».
- Artículo 25 LOEx, apartado 1: «el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad (...) presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios (...)». Sin embargo, su apartado 3 dispone que «lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España».



irregular. La dificultad que debía superar el pronunciamiento reside en la naturaleza mixta de los flujos migratorios que llegan a las fronteras exteriores del Espacio Schengen.

Profundizando en los antecedentes de hecho, el supuesto que enjuicia el TEDH en el mencionado caso es, como hemos anticipado brevemente, la devolución a Marruecos de un nacional maliense y otro marfileño, en aplicación del Protocolo de 26 de febrero de 2014, tras ser interceptados por parte de la Guardia Civil en su intento de entrar irregularmente en territorio español saltando la valla fronteriza de Melilla. Los hechos tuvieron lugar el 13 de agosto de 2014 y, de acuerdo con la sentencia, pueden resumirse en que, tras superar las dos primeras vallas y permanecer encaramados a la tercera durante varias horas, los demandantes bajaron de esta última con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. Según los antecedentes que obran en la sentencia, «En cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardias Civil, quienes les esposaron y devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 12). Estos hechos, que fueron grabados en video por periodistas y voluntarios de distintas ONG y asociaciones de protección de los refugiados, motivaron que los demandantes interpusieran un recurso ante el TEDH alegando, en resumen, «que habían sido objeto de una expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos, y de impugnar su rechazo mediante un recurso con efecto suspensivo» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 3).

El TEDH resolvió conjuntamente las demandas interpuestas por N.D y N.T contra el Gobierno de España por la vulneración del artículo 3 CEDH (en concreto, del principio de no devolución derivado del mismo) y del artículo 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo), de estos dos artículos puestos en relación entre sí, del artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH (prohibición de expulsiones colectivas) y, por último, del artículo 13 CEDH puesto en relación con el citado artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH.

El primer hecho destacable del recorrido jurisprudencial del caso es la inadmisión por parte del TEDH, mediante Decisión, de la demanda relativa a la violación del artículo 3 CEDH y, como consecuencia, de la relativa al artículo 13 CEDH en relación con el artículo 3 CEDH. En lo que respecta a la violación del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH,

la Sala del TEDH estimó que la actuación de la Guardia Civil de 13 de agosto de 2014 era contraria al mencionado precepto, al que se anudó la vulneración del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). El 14 de diciembre de 2017 el Gobierno de España recurrió la STEDH de Sala de 3 de octubre de 2017 solicitando, de conformidad con el artículo 43 CEDH, la remisión del asunto a la Gran Sala<sup>645</sup>. Como veremos a continuación, la Gran Sala del TEDH interpretó, a diferencia de la Sala, que la actuación de la Guardia Civil de 13 de agosto de 2014 no constituía una violación del artículo 4 Protocolo nº4 al CEDH ni, como consecuencia de lo anterior, del artículo 13 CEDH.

### 5.1 Sobre la aplicabilidad del CEDH al caso *N.D y N.T c. España*

Antes de entrar a analizar si la medida de interceptación llevada a cabo por la Guardia Civil el 13 de agosto de 2014 frente a N.D y N.T era compatible con los derechos del CEDH cuya vulneración denunciaban los recurrentes, tanto la STEDH de Sala de 2017 como la de la Gran Sala de 2020 se ocuparon de determinar si el CEDH resultaba de aplicación a este caso concreto. Aunque el resultado de los dos pronunciamientos fue el mismo, admitiéndose la aplicabilidad del CEDH en ambos casos, los argumentos empleados por el TEDH en cada una de las sentencias variaron sensiblemente.

En lo que atañe a la STEDH de Sala de 2017, el argumento del que se valió el TEDH para determinar la aplicabilidad del CEDH al caso objeto de análisis fue, en línea con lo analizado en el epígrafe 3.3.2 de este Capítulo, el de la extraterritorialidad de la jurisdicción. En lo que aquí interesa, destacaremos que el TEDH comenzó su argumentación recordando el precedente sentado en materia de inmigración en la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, según el cual «desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del artículo 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio que atañen a su caso» (ap. 51). En el supuesto objeto de análisis, ante las alegaciones del Gobierno de España sobre la producción de los hechos fuera del territorio español (utilizando el concepto de frontera operativa), el TEDH consideró que

---

<sup>645</sup> En virtud del artículo 43 CEDH, «1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia».

no era necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado. Se limitó a recordar, tal como ya había dejado sentado en el pasado, que «desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados (*Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, apartado 77)» (ap. 54), es decir de un control efectivo de las autoridades de este Estado, ya se encuentren estas en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres o incluso en el territorio de un tercer Estado. En definitiva, el TEDH entendió que, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos *de facto*, de las autoridades españolas<sup>646</sup>.

Más desarrollada fue la argumentación del TEDH en la STEDH *N.D. y N.T. c. España* de 13 de febrero de 2020, el cual se cuestionó si, independientemente de la localización de la valla (sobre la cual no había discusión de que se encontraba en territorio español), España tenía la posibilidad de excepcionar de su jurisdicción territorial, no solo el espacio inter-valla, sino también el área comprendida entre la valla interior y la línea de guardias civiles que la secundan (ap. 104). Ante tal cuestión, dadas las «considerables dificultades» de los Estados miembros situados en la frontera exterior del Espacio Schengen para hacer frente a los flujos migratorios, el TEDH pareció contemplar implícitamente la posibilidad de admitir ciertas excepciones al principio según el cual la jurisdicción de un Estado se extiende sobre todo su territorio (ap. 106). Esta posibilidad derivaría de las alegaciones del Gobierno de España acerca de la dificultad para contener las avalanchas de migrantes sobre la frontera de Melilla. Sin embargo, la Gran Sala rechazó que España pudiera acogerse a tal posibilidad teniendo en cuenta que estas dificultades «no la han privado de ejercer su autoridad sobre esta parte de su territorio. De hecho, es indubitado que las autoridades españolas están actuando allí, como se deriva del expediente y de los videos aportados por las partes que muestran a las autoridades nacionales españolas ayudando a los migrantes a descender de las vallas» (ap. 107). En línea con lo argumentado con anterioridad, parecía cuestionable admitir que España pudiera ejercer su jurisdicción sobre la zona para el ejercicio de potestades de vigilancia

---

<sup>646</sup> Por ello, el TEDH «no considera necesario establecer, en el presente asunto, si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si han sido rechazados antes de poder hacerlo, como lo sostiene el Gobierno. Habida cuenta de que incluso las interceptaciones en altamar entran en el ámbito del artículo 4 del Protocolo n.º 4 (STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, as. 27765/09), solo puede ocurrir lo mismo para la denegación de entrada en territorio nacional de la que serían legalmente objeto las personas llegadas clandestinamente a España» (apartado 54).

pero, al mismo tiempo, pretendiera evitar que se aplicara la normativa de extranjería o de protección de los derechos humanos en el mismo espacio. Por ello, nos parece acertado el razonamiento del TEDH según el cual, como instrumento constitucional de orden público, el CEDH no puede ser selectivamente aplicado por un Estado a determinadas partes del territorio por medio de una reducción artificial de su ámbito de jurisdicción territorial. Llegar a una conclusión contraria equivaldría a dejar sin sentido la noción de protección efectiva de los derechos humanos que sustenta toda la Convención (ap. 110).

Como consecuencia de los razonamientos anteriores, la Gran Sala acabó negando la existencia de «hechos objetivos» capaces de limitar el efectivo ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades españolas sobre la frontera de Melilla y, como consecuencia, capaces de rebatir la presunción de jurisdicción sobre los demandantes (ap. 108). Asimismo, al argumento principal para inadmitir las alegaciones del Gobierno de España sobre la falta de jurisdicción el TEDH añadió que la especial naturaleza del contexto migratorio no puede justificar la existencia de un espacio fuera del Derecho donde no exista un sistema capaz de garantizar los derechos previstos en el Convenio (ap. 110).

## 5.2 La contradictoria postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la vulneración del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH

Antes de entrar a analizar los mencionados pronunciamientos, conviene dar cuenta de la advertencia general realizada por el TEDH en ambos. Pese a que es consciente de los «nuevos retos» que deben afrontar los Estados europeos en materia de gestión de la inmigración «debido al contexto de la crisis económica y de las recientes transformaciones sociales y políticas que han afectado muy particularmente determinadas regiones de África y del Medio Oriente», recuerda que dichas dificultades no pueden justificar el recurso a prácticas no compatibles con el CEDH y sus Protocolos (ap. 101 STEDH de 3 de octubre de 2017 y ap. 170 STEDH de 13 de febrero de 2020).

### 5.2.1 La STEDH de 3 de octubre de 2017

Como hemos anticipado, el TEDH inadmitió la demanda relativa a la violación del artículo 3 CEDH. En concreto, según la Decisión sobre la admisibilidad, el TEDH entendió que «a la luz de los principios emanados por la jurisprudencia de los órganos del Convenio, y sin prejuzgar de manera alguna la situación de riesgos de malos tratos generalizados invocados por los demandantes, el TEDH estima que no hay nada en el expediente que permita evidenciar alguna aparente violación por parte de las Autoridades

españolas de la citada disposición del Convenio» (Decisión sobre admisibilidad, ap. 11). La resolución del TEDH no es de extrañar, ya que, según la mencionada Decisión, los recurrentes se limitaron a justificar su pretensión en relación con el artículo 3 CEDH alegando que «Los malos tratos por parte de las fuerzas de seguridad marroquíes estarían descritos en informes de diversas organizaciones no gubernamentales locales y nacionales y son conocidos o deberían ser conocidos por las Autoridades españolas en el contexto de su estrecha cooperación en materia de inmigración» (Decisión sobre admisibilidad, ap. 34). Lógicamente, inadmitida la demanda relativa al artículo 3 CEDH, la del artículo 13 CEDH no podía prosperar (al menos en relación con el artículo 3 CEDH).

Tras determinar que, en aplicación del criterio del control efectivo, el CEDH resultaba de aplicación al caso sometido a su valoración<sup>647</sup>, el TEDH entró a analizar si se había producido una vulneración del principio de prohibición de expulsiones colectivas. Sobre la naturaleza colectiva o no de la expulsión, el TEDH determinó que «el fin del artículo 4 del Protocolo n.º 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 99). En este caso, dado que a los demandantes «se les ha[bía] aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de rebasar ilegalmente la frontera (...) [pero sin] garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 107), el TEDH estimó que el procedimiento seguido no permitía de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas.

Finalmente, en relación con la violación del artículo 13 CEDH, el TEDH reconoció que concedía un valor particular a la versión de los demandantes, ya que estaba corroborada por numerosos testimonios recogidos, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (en adelante, Comisario DDHH) (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 119). Por tanto, una vez constatado que «han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión»

---

<sup>647</sup> Vid. supra. Epígrafe 5.1.

(STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 120) había, en este caso, «un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 120). Por ejemplo, una de dichas exigencias en caso de expulsión es el carácter suspensivo del recurso, lo cual entiende el Tribunal que «ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los demandantes, antes de su expulsión a Marruecos, a ningún procedimiento tendente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 118). El razonamiento expuesto llevó al TEDH a estimar que había habido una vulneración del artículo 13 CEDH puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 122).

#### 5.2.2 La STEDH de 13 de febrero de 2020

Tras analizar el recurso interpuesto por el Gobierno de España contra la STEDH de 3 de octubre de 2017 y entender que el asunto planteaba una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, el 29 de junio de 2018 un colegio conformado por cinco jueces decidió, como solicitaba el ejecutivo español, someter el asunto a la Gran Sala. Como hemos anticipado, el pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH es absolutorio, considerando aquella que las actuaciones de la Guardia Civil de 13 de agosto de 2014, consistentes en devolver inmediatamente a Marruecos a los demandantes sin identificación previa, no constituyeron una vulneración del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH. Dado el inesperado giro jurisprudencial, conviene analizar cuál fue el fundamento de tal decisión.

Al igual que en la STEDH de 3 de octubre de 2017, el TEDH consideró que el CEDH era aplicable al caso y que las actuaciones de la Guardia Civil eran encuadrables en el término «expulsión». El cambio se produjo respecto a la naturaleza de dichas expulsiones. Al contrario que la Sala del TEDH, la Gran Sala entendió que las actuaciones no podían considerarse expulsiones de carácter colectivo. En esencia, el razonamiento fue el siguiente: una expulsión tiene naturaleza colectiva (vulnerando el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH) cuando se niega la entrada en un territorio de un grupo de extranjeros sin existir un examen objetivo y razonable de las circunstancias individuales de cada uno y sin permitirles oponerse a la decisión (STEDH de 13 de febrero de 2020, aps. 193 y 195). Sin embargo, advierte el TEDH, el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH no garantiza un

examen individualizado en cualquier circunstancia, dado que los requerimientos del mencionado artículo son satisfechos desde que el extranjero tiene la posibilidad efectiva de esgrimir sus argumentos contra la expulsión y dichos argumentos son examinados de forma apropiada por las autoridades del Estado donde pretende entrar (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 199). En este sentido, la propia conducta del recurrente es esencial para reclamar la protección del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, de forma que no se considera que se ha violado este último si la ausencia de una decisión individualizada puede ser consecuencia de la propia conducta del interesado (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 200)<sup>648</sup>.

Extrapolando la tesis anterior al caso objeto de análisis en la sentencia, el TEDH interpretó que si existen vías para entrar en el territorio y solicitar protección internacional de manera regular, la ausencia del examen individualizado de las circunstancias viene motivada por la propia conducta del extranjero, que ha decidido no hacer uso de esta posibilidad y, en cambio, cruzar la frontera irregularmente beneficiándose, además, de hacerlo en grupo y utilizando la fuerza para crear una situación de confusión que dificulta el control (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 201). Conectado con lo anterior, el TEDH aclaró que el CEDH no prohíbe a los Estados que, en el cumplimiento de su obligación de controlar las fronteras, exijan que las solicitudes de protección internacional sean realizadas en los puestos fronterizos habilitados. Por ello, dando un giro sustancial a la interpretación previa del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH realizada por la sentencia de Sala, admitió que los Estados pueden, sin llevar a cabo una identificación, rechazar la entrada en sus territorios de aquellos extranjeros, «incluyendo potenciales solicitantes de asilo», que han decidido, sin mediar fuerza mayor, buscar deliberadamente que su solicitud sea examinada en una localización diferente a la establecida legalmente, tomando ventaja del carácter masivo de su entrada y del uso de la fuerza (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 210).

Partiendo del razonamiento anterior, el TEDH consideró que, para pronunciarse sobre si la expulsión tenía o no carácter colectivo, era esencial determinar si, efectivamente, existían vías legales habilitadas fuera del territorio español para valorar las circunstancias individuales de aquellas personas que pretendían solicitar protección internacional en España (en cuyo caso no podría considerarse una expulsión colectiva) y

---

<sup>648</sup> En este sentido, *vid.* STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia and Others*, as. 16483/12, ap. 240 y *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, cit., ap. 184.

si, en caso de existir, los extranjeros tenían razones de fuerza mayor para no utilizarlas (en cuyo caso sí podría considerarse vulnerado el precepto) (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 201). Tras analizar las estadísticas presentadas por el Gobierno de España sobre las solicitudes de asilo presentadas en el puesto fronterizo de Beni Enzar en el momento de los hechos y considerando «no conclusivas» las alegaciones del ACNUR y del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre la imposibilidad para los solicitantes de protección internacional subsaharianos de acceder a dicho puesto fronterizo, el TEDH entendió que este último ofrecía la posibilidad efectiva de solicitar protección internacional en España en el momento de los hechos y que los migrantes no tenían razones de fuerza mayor para no utilizar esta vía de entrada (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 212 y ss.). Es más, el TEDH interpretó que, incluso asumiendo que existan dificultades para aproximarse físicamente a los puestos fronterizos desde el lado marroquí para algunos solicitantes, en principio, el Gobierno de España no tenía ninguna responsabilidad al respecto (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 221).

Los argumentos reproducidos llevaron al TEDH a interpretar que, dado que la ausencia de decisiones individualizadas de expulsión fue consecuencia de la conducta de los propios migrantes (los cuales se situaron a sí mismos en peligro participando en una avalancha sobre la valla de Melilla y tomando ventaja de su gran número y del uso de la fuerza sin hacer uso de los medios legales de entrada en España), el 13 de agosto de 2014 no se produjo una violación del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 231).

### 5.3 El argumento subyacente a la postura del TEDH en la STEDH de 13 de febrero de 2020: el abuso del principio de prohibición de expulsiones colectivas

Tal y como anticipamos en el Capítulo III, existe la posibilidad de abusar de determinados derechos que pueden entrar en conflicto con medidas de vigilancia fronteriza. En última instancia, creemos que este puede ser el argumento que subyace a la inadmisión de la demanda de vulneración del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH en la sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2020. No obstante, dado que tal argumento no se esgrime explícitamente en la sentencia, consideramos necesario realizar un análisis justificativo de esta conclusión.

#### 5.3.1 El bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas



Dado que el TEDH ha determinado que «el fin del artículo 4 del Protocolo n.º 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 99), entendemos que lo que late en el fondo de esta prohibición es, en parte, una protección de las garantías procedimentales inherentes a un recurso judicial efectivo. En este sentido, en su voto particular a la STEDH de 13 de febrero de 2020, el juez KOSKELO afirmó que la protección provista por el artículo 4 Protocolo n.º 4 al Convenio es de «naturaleza procesal» (ap. 3 del voto particular).

Esta estrecha vinculación entre la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a un recurso efectivo viene confirmada por el hecho de que, sin excepción conocida, la apreciación de la vulneración de esta prohibición viene seguida de una apreciación en el mismo sentido respecto al artículo 13 CEDH que, recordemos, consagra el derecho a un recurso efectivo. El mejor ejemplo de ello lo encontramos en el propio caso *N.D. y N.T. c. España*, en cuyo pronunciamiento de Sala se anudaba la vulneración del artículo 13 CEDH a la del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, mientras que en el de la Gran Sala se inadmitía la demanda en relación al derecho a un recurso efectivo como consecuencia de que no se entendiera vulnerada la prohibición de expulsiones colectivas.

En conclusión, de acuerdo con el razonamiento anterior, puede afirmarse que el bien jurídico protegido por el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH es, en parte, el derecho a un recurso efectivo. Derecho que, conviene recordar, se considera satisfecho cuando existe la posibilidad de recurrir una determinada decisión ante cualquier instancia nacional, sea administrativa o judicial.

#### 5.3.2 Planteamiento de la hipótesis: el posible abuso de derecho por parte de los asaltantes a la valla

Determinado el bien jurídico protegido por el derecho a la prohibición de expulsiones colectivas, a continuación se procederá a analizar si en los hechos del caso *N.D. y N.T. c. España* se puede apreciar un abuso de dicho derecho por parte de las personas que saltaron la valla de Melilla el 14 de agosto de 2014.

Como se destacó en el Capítulo III, los supuestos de abuso de derecho constituyen situaciones en las que se produce una falta de toma en consideración de los principios y valores subyacentes al ordenamiento jurídico, de forma tal que las reglas del sistema

posibilitan una determinada acción sin tener en cuenta que, de acuerdo con dichos valores y principios, la acción en cuestión debería resultar prohibida. En este sentido, conviene recordar que la jurisprudencia española, tomando como referencia la STS de 14 de febrero de 1944, ha considerado como «abusiva» toda acción en la que se den conjuntamente las siguientes circunstancias: a) «uso de un derecho subjetivo o externamente legal», b) «daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica» y c) «inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el sujeto actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Conviene pues, determinar si, partiendo de los propios argumentos del TEDH, dichos requisitos se cumplían en el caso *N.D. y N.T. c. España*.

En cuanto al primer requisito (uso de un derecho subjetivo), ya se ha explicado en el epígrafe previo que la prohibición de expulsiones colectivas se traduce en la exigencia de garantías procedimentales que permitan asegurar, entre otras cosas, que las personas que van a ser expulsadas puedan exponer sus argumentos contrarios a dicha decisión. Como consecuencia, dado que la existencia de vías de recurso es una acción exigible al Estado que adopta la medida por parte de las personas que van a ser objeto de expulsión, de la prohibición de expulsiones colectivas se deriva para ellas un derecho subjetivo.

En segundo lugar, cabe preguntarse si en el caso *N.D. y N.T. c. España* el ejercicio del mencionado derecho comportó la producción de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. A nuestro entender, cuando el ejercicio del derecho a las garantías procedimentales inherentes a la resolución de expulsión se activa deliberadamente desde dentro del territorio tras la entrada irregular en lugar de en los puestos fronterizos habilitados al efecto, se puede producir un daño para los bienes jurídicos protegidos por la normativa de control fronterizo. En concreto, dado que el Considerando 6º del CFS 2016 dispone que «El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros», entendemos que estos últimos son los bienes jurídicos que podrían resultar dañados en caso de un ejercicio abusivo de la prohibición de expulsiones colectivas. Al fin y al cabo, se está impidiendo o postergando la comprobación de las condiciones de entrada establecidas en el artículo 6 y ss. CFS 2016 y 25 LOEx. Y así parece que lo entiende también el TEDH cuando

argumenta que el CEDH no prohíbe a los Estados que, en el cumplimiento de su obligación de controlar las fronteras, puedan aplicar las garantías convenientes para preservar el artículo 4 Protocolo n.º 4 en los puestos fronterizos habilitados al efecto (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 210). Por último, e incluso en el caso de que se considerara que es erróneo afirmar que tales bienes resultan dañados por ejercer el derecho a un recurso efectivo desde dentro del territorio español (cuando existe la posibilidad de hacerlo fuera), debemos recordar con Díez-PICAZO que la inexistencia de un daño no impide que el ejercicio de un derecho se pueda catalogar como abusivo si se cumplen el resto de condiciones<sup>649</sup>.

En cuanto al tercer requisito (inmoralidad o antisocialidad del daño), nos remitimos a la conclusión alcanzada en el Capítulo III de que el mismo se debe interpretar de conformidad con el criterio finalista y el concepto de motivo legítimo o motivo adecuado al espíritu y misión del derecho. Es decir, para entender cumplido el requisito de la inmoralidad o antisocialidad del daño, es necesario que el titular del derecho cuyo abuso se está valorando se guíe por un motivo ilegítimo para ejercitarlo. Dada la complejidad del análisis requerido para fundamentar una posición al respecto, consideramos necesario dedicar un epígrafe específico al mismo.

### 5.3.3 El fraude de la normativa de control fronterizo como motivo ilegítimo

Como señalamos en el Capítulo III, para evaluar la inmoralidad o antisocialidad del daño (tercera condición para apreciar la existencia de abuso de derecho), ha terminado por imponerse en la doctrina el criterio del motivo ilegítimo, entendiéndose por tal una causa de ejercicio de un derecho contraria a su espíritu o finalidad. Entre los distintos motivos ilegítimos, en aquella sede destacábamos el fraude de ley. A los efectos de este epígrafe conviene recordar que este último puede definirse como uno o varios actos que, originando un resultado contrario a una norma jurídica, se amparan en otra norma dictada con distinta finalidad<sup>650</sup>. Como ya tuvimos ocasión de aclarar, pese a que lo lógico es que el fraude de ley venga configurado por la presencia de dos normas (la de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta defraudar, y la que a través de esta y de forma fraudulenta se pretende eludir), en lo que respecta a este trabajo, lo que nos encontramos

---

<sup>649</sup> Luis Díez-PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974, p. 1333, *apud* Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Abuso de derecho», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO, Pablo Salvador CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 69.

<sup>650</sup> Federico DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 2008, p. 607.

son derechos de cobertura (v.g. prohibición de expulsiones colectivas) y norma defraudada (la normativa de control de fronteras). En consecuencia, existirá abuso del principio de prohibición de expulsiones colectivas (o del derecho a la existencia de garantías procedimentales en relación con la expulsión) cuando se constate que quien apela a dicho derecho lo hace con la finalidad de defraudar la normativa de control fronterizo. De esta forma, volviendo al análisis de las condiciones para apreciar abuso de derecho, se cumplirían los tres requisitos: el ejercicio de un derecho subjetivo, una lesión a un bien jurídico protegido y un motivo ilegítimo.

Conviene pues analizar si el TEDH entendió que las personas que saltaron la valla de Melilla el 14 de agosto de 2014 pretendían defraudar la normativa de control de fronteras apelando al ejercicio del mencionado derecho. Para ello, será necesario determinar la concurrencia de los requisitos para apreciar fraude de ley, los cuales son: uno o varios actos que contraríen la finalidad práctica de la ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, y que la ley (en nuestro caso derecho) en que se ampara el acto o actos de cobertura no tengan el fin de protegerlos por no constituir el supuesto normal o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes.

En primer lugar, es necesario mencionar que los dos demandantes, tras ser devueltos a Marruecos, consiguieron entrar en España de manera irregular con posterioridad. Según la sentencia, N.D. fue devuelto a Mali a raíz de una orden de expulsión decretada en 2015 y N.T., también objeto de una orden de expulsión en noviembre de 2014, se encontraba en paradero desconocido en territorio español. Este dato del paradero de los demandantes, aparentemente sin trascendencia, es el ejemplo perfecto de la ventaja que obtienen los migrantes que no son solicitantes de protección internacional cuando entran irregularmente en España. Como anticipamos en el Capítulo III, en lugar de aplicárseles el procedimiento de retorno previsto para las denegaciones de entrada derivadas de una inspección realizada en un puesto fronterizo habilitado, cuya consecuencia es retornarlos al país desde el que han entrado (en este caso Marruecos), se les aplica un procedimiento de devolución (o expulsión, como en este caso, si la estancia irregular es prolongada) cuyo resultado es repatriarlos a su país de origen. Como demuestra el caso de N.T., los procedimientos de devolución y expulsión cuentan con el hándicap de que, si no se logra ejecutar la resolución de expulsión o devolución en 60

días, el extranjero queda libre con una orden de expulsión<sup>651</sup>. Si comparamos las consecuencias derivadas para el extranjero de la tramitación de un procedimiento u otro, se puede comprobar fácilmente que los segundos son mucho más beneficiosos para sus intereses.

En el caso *N.D. y N.T. c. España*, los demandantes pretendían que se condenara a España por devolverlos inmediatamente a Marruecos sin, entre otras cuestiones, tener oportunidad de recurrir la decisión. Sin embargo, según el TEDH, la propia conducta de los demandantes es relevante para activar la protección del artículo 4 Protocolo n.º 4 CEDH (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 200), no desplegándose esta cuando se tiene la oportunidad de cruzar legalmente la frontera (y, por tanto, de que sus pretensiones de entrada sean consideradas y reconsideradas en el momento del cruce) y no se hace uso de ella (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 165). En estos casos, apunta el Tribunal, la ausencia de una decisión individualizada de expulsión y de vías para recurrirla se debe a la propia conducta del interesado (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 200). A lo largo del fallo, el TEDH hace especial hincapié en que la vía regular de entrada en la Unión Europea son los puestos fronterizos habilitados, reproduciendo el artículo 5 CFS 2016 y 25 LOEx en varias ocasiones y haciendo continuas referencias a su vulneración como consecuencia de la entrada no autorizada, en masa y mediando uso de la fuerza por parte de los demandantes. En nuestra opinión, de estos argumentos se deriva que el TEDH interpretó que si apreciaba la violación de la prohibición de expulsiones colectivas (o inexistencia de garantías procedimentales respecto a la expulsión) supondría respaldar la vulneración de la normativa de control fronterizo. En concreto, del artículo 5 CFS 2016 y 25 LOEx (que exigen la entrada por puestos fronterizos habilitados para poder comprobar la concurrencia de los requisitos de entrada) y de los artículos 26.2 y 60 de la LOEx (relativos al procedimiento de retorno). En conclusión, de los argumentos del TEDH se desprende que se cumple el primer requisito para apreciar fraude de ley: uno o varios actos que contraríen la finalidad práctica de la ley defraudada

En segundo lugar, en lo que respecta al requisito de que la actuación se realice contradiciendo la finalidad del derecho de cobertura por no constituir el supuesto normal de aplicación, parece que también se cumple en este caso. Según la jurisprudencia del

---

<sup>651</sup> Según la propia STEDH de 13 de febrero de 2020, tras el paso del periodo máximo de detención contemplado por la LOEx, N.T. fue liberado. Desde entonces, aparentemente, ha permanecido ilegalmente en España, probablemente en Andalucía, de acuerdo con lo alegado por sus abogados en la audiencia ante la Gran Sala (ap. 30).

TEDH, mediante el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH se trata de evitar, entre otras cosas, que los Estados expulsen a extranjeros de su territorio sin dar la oportunidad a estos últimos de argumentar su oposición. Pues bien, lo cierto es que, según el TEDH, España ofrece esta oportunidad cuando se utilizan los puestos fronterizos habilitados (en concreto, el de Beni Enzar). De hecho, este es el motivo principal para inadmitir la demanda. De esta interpretación del TJUE se desprende que la finalidad de la prohibición de expulsiones colectivas no es que las personas expulsadas escojan la vía más ventajosa o la que más conviene a sus intereses para recurrir la decisión (en este caso, desde dentro del territorio español, tras haber llegado a él irregularmente), sino que exista tal posibilidad. Como consecuencia, se cumple también la condición para apreciar el fraude de ley relativa al ejercicio anormal del principio de prohibición de expulsiones colectivas.

En conclusión, parece que lo que motivó el pronunciamiento de la Gran Sala TEDH fue su intención de no respaldar el comportamiento de aquellas personas que, entrando irregularmente en un determinado Estado, exigen la existencia de garantías procedimentales frente a la resolución de expulsión para obtener un beneficio en la aplicación de la normativa de extranjería cuando dichas garantías son igualmente ejercitables sin necesidad de vulnerar la normativa de control fronterizo. En definitiva, aunque no lo indique explícitamente en su sentencia, lo que hace el Tribunal es aplicar una de las consecuencias naturales de la apreciación del abuso de derecho: privar al titular de su amparo<sup>652</sup>.

#### 5.4 Crítica a la postura del TEDH en la STEDH de 13 de febrero de 2020: la falta de toma en consideración del principio de no devolución

##### 5.3.1 El otro bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas

La afirmación del epígrafe anterior según la cual el bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas es, en última instancia, el derecho a un recurso efectivo es deliberadamente incompleta. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el fin del artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada

---

<sup>652</sup> Luis DíEZ-PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», cit., p. 1333, *apud* Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Abuso de derecho» cit., p. 69. En el mismo en Louis JOSSERAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, Comares, Granada, 2012, p. 259.

por la autoridad competente (STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, cit., ap. 99; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, cit., ap. 177, STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros*, as. 16643/09, ap. 210). De la interpretación del TEDH se deriva que el bien jurídico protegido por el mencionado precepto es doble: el derecho a un recurso efectivo (el cual permitiría exponer los argumentos contrarios a la medida adoptada) y el principio de no devolución (el cual vendría garantizado por el examen de las circunstancias personales). Es decir, el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH exige la existencia de garantías procedimentales para recurrir la resolución de expulsión pero, ante todo, exige que exista una resolución basada en las circunstancias individuales del individuo objeto de la medida. Dicha exigencia deriva del indisociable vínculo que, a través de su jurisprudencia, ha creado el propio TEDH entre el artículo 3 CEDH y el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH. De hecho, este vínculo entre la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución fue el fundamento para condenar a España en el primer pronunciamiento del caso *N.D. y N.T. c. España* de 3 de octubre de 2017. Recordamos que, dado que a los demandantes «se les ha aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de rebasar ilegalmente la frontera (...) [pero sin] garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 107), el TEDH estimó que el procedimiento seguido no permitía de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas.

El citado vínculo fue reiterado por el propio TEDH en el apartado 171 de la STEDH de 13 de febrero de 2020, conforme al cual «hay una conexión entre el ámbito de aplicación del artículo 4 Protocolo n.º 4 CEDH y el principio de no devolución consagrado en la Convención de Ginebra (*vid. Sharifi y otros*, cit., ap. 211)». Muy ilustrativa resulta a este respecto la opinión del magistrado que incorporó un voto particular a la STEDH de 13 de febrero de 2020, según la cual las limitaciones a las que están sometidas las medidas de interceptación de los extranjeros que pretenden entrar a través de la frontera están fundadas en el respeto al principio de no devolución (ap. 7 del voto particular). Según el juez KOSKELO, cuando los extranjeros caen bajo la jurisdicción de un Estado parte, ya sea mediante la entrada en su territorio o por estar sometidos al ejercicio de autoridad a través de sus agentes fronterizos, rige el principio de no devolución en el sentido del artículo 3 CEDH (ap. 19 del voto particular). Para el

magistrado disidente, dicho principio incluye la protección de solicitantes de protección internacional tanto en casos de denegación de entrada como de rechazo en frontera (ap. 6 del voto particular)<sup>653</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene preguntarse si, como parece desprenderse de la STEDH de 13 de febrero de 2020, es admisible que los solicitantes de protección internacional pierdan el derecho a una consideración individualizada de sus circunstancias por el hecho de entrar irregularmente en el territorio de un Estado de la misma forma que los no solicitantes de protección internacional pierden el derecho a un recurso efectivo. Al fin y al cabo, esta es la consecuencia que se deriva de la no estimación de vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas por parte del TEDH. En nuestra opinión, por los motivos que se aducirán en el siguiente epígrafe, la respuesta es negativa.

#### 5.4.1 Inexistencia de fraude de la normativa de control fronterizo por parte de los solicitantes de protección internacional

Como hemos tratado de fundamentar en epígrafes previos, la no estimación de la demanda en lo relativo a la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas puede interpretarse como la consecuencia de la apreciación por parte del TEDH de un abuso de ese derecho. Sin embargo, entendemos que tal consecuencia no es adecuada si se tiene en cuenta la naturaleza mixta de los flujos migratorios. Y no es adecuada porque, a nuestro parecer, no existe un fraude de la normativa de control fronterizo por parte de los solicitantes de protección internacional que, aunque no concretamente en el caso *N.D. y N.T. c. España*, en muchos casos cruzan irregularmente la valla de Melilla.

Tanto en el Capítulo III como en el epígrafe 4.3.2 de este Capítulo se ha hecho referencia a las excepciones y matizaciones que contempla la normativa de control de fronteras, tanto en el Derecho de la Unión como en el Derecho nacional, respecto a los solicitantes de protección internacional. No nos vamos a reiterar más en este aspecto.

---

<sup>653</sup> De hecho, según el magistrado Koskelo, el nexo entre la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución es tan fuerte que la apreciación del primero está subordinada a la apreciación previa del segundo. El juez disiente con la mayoría en que el principio de prohibición de expulsiones colectivas resulte aplicable a migrantes distintos de los solicitantes de protección internacional (ap. 22 del voto particular). De hecho, califica la interpretación de dicho principio en la resolución como injustificadamente amplio (ap. 1 del voto particular). Por ello considera que, si en un inicio se inadmitió la demanda en relación con el artículo 3 CEDH, no se debería haber abordado la cuestión del artículo 4 Protocolo n.º 4 CEDH (ap. 44 del voto particular). A su juicio, si no está en riesgo el principio de no devolución, las medidas objeto de recurso no constituyen una expulsión en el sentido del mencionado precepto (ap. 10 del voto particular).



Simplemente, trasladando aquellas apreciaciones al análisis de este asunto, cabe concluir que en dicha normativa existen diferencias no desdeñables entre las consecuencias derivadas de la entrada irregular en un territorio por parte de un migrante de los denominados económicos y un solicitante de protección internacional. A modo de ejemplo debemos recordar que, mientras la Directiva Retorno permite excluir de su ámbito de aplicación (y, por tanto, de las garantías que contempla) a aquellos que hayan cruzado irregularmente la frontera, la única consecuencia que contempla la Directiva sobre Procedimientos de Asilo para los solicitantes de protección internacional que entran irregularmente en un Estado miembro es la posibilidad de que el procedimiento se tramite de manera urgente en la misma frontera (pero con todas las garantías). Al argumento precedente es necesario añadir que el solicitante de protección internacional no obtiene ninguna ventaja por tramitar su solicitud desde dentro del territorio español, al contrario de lo que sucede en el caso de aquellos migrantes económicos que se benefician del cambio de procedimiento de extranjería derivado de su entrada en España. Por ello entendemos que, aunque entren irregularmente en el territorio español, los solicitantes de protección internacional no contrarían la finalidad práctica de la ley defraudada (normativa de control fronterizo), pues esta contempla específicamente su situación.

Si no se contraría la finalidad práctica de la ley defraudada se incumple la primera condición para apreciar fraude de ley, por lo que no existiría un motivo ilegítimo para el ejercicio del derecho subjetivo y, como consecuencia, no se podría entender que existe un abuso del derecho a la prohibición de expulsiones colectivas. Por ello, no estaría justificada la pérdida del derecho a una evaluación individualizada de las circunstancias; y ello pese a que, como afirma el TEDH, existan vías para solicitar asilo de manera legal. Coincidimos con el TEDH en que, en cumplimiento de su obligación de controlar las fronteras, los Estados miembros puedan exigir que la solicitud de protección internacional se realice en los puestos fronterizos habilitados al efecto (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 201). Lo que no parece admisible, de acuerdo con el propio Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno español, es que se justifique que estas personas sean devueltas sin identificar cuando no cumplan dicha condición (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 211).

En definitiva, el Derecho de la Unión establece una sola forma de entrar en la Unión Europea (a través de los puestos fronterizos habilitados), pero prevé consecuencias distintas según las circunstancias individuales de la persona que vulnera esta obligación.

Hasta tal punto llega tal consideración, que el TJUE ha interpretado que el artículo 6 de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo «atestigua que el legislador de la Unión pretendió preservar la eficacia del derecho de los nacionales de terceros países en situación irregular a solicitar que se les conceda protección internacional» (STJUE de 25 de junio de 2020, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)* as. C-36/20 PPU, ap. 73)<sup>654</sup>. Si el Derecho de la Unión (y el Derecho interno español) prevén específicamente esa diferencia de trato en atención a las circunstancias individuales de las personas, entendemos que el TEDH no debería contradecir esta opción legislativa (y humanitaria).

#### 5.4.2 Las peligrosas consecuencias de la nueva línea jurisprudencial del TJUE

Aunque aparentemente el TEDH siga manteniendo la existencia de un nexo entre el artículo 3 CEDH y el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, lo cual se desprende de la valoración realizada en la sentencia sobre la posibilidad efectiva de solicitar protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, lo cierto es que su fallo implica lo contrario. Implica que la protección dispensada por la prohibición de expulsiones colectivas en su vertiente relativa al principio de no devolución (identificación y examen de las circunstancias individuales de la persona expulsada) está subordinada al cumplimiento de la normativa de control fronterizo, por lo que este último ha dejado de ser un derecho absoluto e inderogable, frente a lo que se venía sosteniendo hasta ahora.

A nuestro juicio, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su entrada, para saber si la libertad o la vida de la persona que se pretende expulsar corre peligro en el país de destino es necesario atender a sus circunstancias personales y ello solo es posible si se identifica y se realiza un examen objetivo y razonable de las mismas. La no apreciación de la existencia de expulsiones colectivas por el hecho de que determinados individuos pretendan beneficiarse de este derecho para obtener un beneficio propio no es acorde con el carácter mixto de los flujos migratorios, pues puede haber otras personas para las que la no valoración de sus concretas circunstancias puede implicar su devolución a un país donde existe el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. De hecho, la

---

<sup>654</sup> La sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de instrucción de Canarias ante el que un nacional de un tercer país incurso en un procedimiento de devolución (tras ser desembarcado en España a consecuencia de un rescate marítimo) solicitó protección internacional. En concreto, el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Bartolomé de Tirajana preguntaba, entre otras cuestiones, si debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo en el sentido de que el juez o jueza de instrucción debe informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional (ap. 33).

solución del TEDH parece ser contraria a la propia esencia de la prohibición de expulsiones colectivas, al suponer una solución colectiva (la no apreciación de la vulneración del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH) para individuos que pueden presentar circunstancias diferentes (migrantes económicos y solicitantes de protección internacional). En nuestra opinión, si no se quiere acabar perjudicando a los solicitantes de protección internacional con esta jurisprudencia, debería buscarse una solución alternativa a la no activación de las garantías inherentes al artículo 4 Protocolo nº4 al CEDH en casos de entrada irregular, cuestión que abordaremos en el próximo epígrafe.

El problema de la STEDH de 13 de febrero de 2020 no es la solución individualizada al caso *N.D. y N.T. c. España*, sino que la sentencia sienta un precedente en relación con unas actuaciones que se repiten a diario en varios Estados parte del Convenio. A nuestro entender, resulta considerablemente preocupante para el principio de no devolución una jurisprudencia que justifica los rechazos en frontera sin identificación por el hecho de que haya vías legales fuera del territorio para solicitar protección internacional<sup>655</sup>. Cabe preguntarse qué hubiera sucedido si la vida o la libertad de N.D. o N.T. hubiesen corrido peligro en Marruecos: ¿se hubiera condenado a España por vulnerar el principio de no devolución, pero no por contravenir la prohibición de expulsiones colectivas simplemente por existir la posibilidad de solicitar protección internacional en Beni Enzar? Como se puede comprobar, el nexo entre ambos principios ya no es tan evidente. El hecho de que existan vías para solicitar protección internacional desde el país de destino no significa que la vida de una persona concreta no corra peligro en dicho país. Es decir, un país puede considerarse seguro para determinados colectivos (por ejemplo, una minoría religiosa) pero no para otros (personas homosexuales). Por ello, no solo es importante analizar la existencia de vías legales para solicitar protección internacional en dicho país, sino también las circunstancias individuales de la persona que se expulsa a este último.

En nuestra opinión, la jurisprudencia analizada es contradictoria con la que ha mantenido el TEDH en los últimos años según la cual del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH se deriva la exigencia de un examen de las circunstancias individuales para

---

<sup>655</sup> Y no es el único motivo para considerar preocupante la mencionada sentencia. Llama la atención que el TEDH afirme que no es responsabilidad de España el supuesto hecho de que existan ciertas dificultades para los migrantes subsaharianos de acceder al puesto fronterizo de Beni Enzar (STEDH de 13 de febrero de 2020, ap. 221) sin reconsiderar su valoración en lo relativo a la no admisión de la demanda en lo que respecta a la vulneración del artículo 3 CEDH por la devolución de los demandantes a Marruecos.

asegurar que no se vulnera el artículo 3 CEDH<sup>656</sup>. Es más, entendemos que la jurisprudencia recaída en *N.D. y N.T. c. España* constituye una nueva interpretación de la prohibición de expulsiones colectivas conforme a la cual, en casos relacionados con la inmigración y el asilo, la protección que dispensa el artículo 4 Protocolo n.º 4 CEDH se supedita al cumplimiento de la normativa de control fronterizo por parte del demandante.

## **6. UNA ALTERNATIVA AL RÉGIMEN ESPECIAL PARA CEUTA Y MELILLA**

El objeto del epígrafe previo era tratar de demostrar las devastadoras consecuencias para el principio de no devolución de la nueva jurisprudencia del TEDH. Seguimos manteniendo que optar por denegar la protección que dispensa el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH a las personas que entran irregularmente en España sin tener en cuenta si son o no solicitantes de protección internacional no es la mejor manera de solucionar la situación en la valla de Melilla. Es decir, entendemos que no se ha optado por la mejor vía para hacer frente al abuso de derecho, pues con la misma se perjudica a personas que no han cometido dicho abuso.

A nuestro entender, en lugar de optar por la consecuencia prevista para el abuso de derecho (privar al titular de su amparo), la mejor forma de solucionar esta controversia es aplicar la consecuencia prevista para el fraude de ley, la cual consiste en aplicar la norma que se pretende eludir. Es decir, en aquellos casos en los que se aprecie un abuso de derecho por parte de personas que pretendan valerse de la protección que dispensa la prohibición de expulsiones colectivas para defraudar la normativa de control fronterizo y extranjería, la consecuencia sería aplicarles precisamente los preceptos que pretenden evitar. Ello supondría, una vez interceptados, trasladarlos al puesto fronterizo más cercano para comprobar si cumplen las condiciones de entrada en España (artículo 5 CFS 2016 y artículo 25 LOEx). En caso negativo, se procedería a la tramitación de un procedimiento de retorno (artículo 26.2 LOEx), con lo cual se evitarían los perjuicios derivados de la ineficacia (conocida y buscada por los propios migrantes) del procedimiento de devolución. En el caso de los solicitantes de asilo se procedería de la misma forma: una vez interceptados se trasladarían al puesto fronterizo más cercano para que pudieran solicitar protección internacional.

---

<sup>656</sup> Sobre la jurisprudencia del TEDH en relación con la prohibición de expulsiones colectivas y su aplicación al caso *N.D. y N.T. c. España* vid. Marcello DI FILIPPO, «Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, 2020, n.º 2, en prensa.

A este respecto es relevante, de nuevo, la reciente STJUE *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*<sup>657</sup>, según la cual el artículo 6.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo, que establece que «En caso de que la solicitud de protección internacional se formule ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas conforme a su Derecho nacional, los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud», debe interpretarse en el sentido de que esa «otra autoridad» (v.g. un guardia civil) no puede «abstenerse de informar al nacional en cuestión de la posibilidad de solicitar protección internacional con el pretexto de que ha debido de recibir antes esta información o de que puede recibirla después» (ap. 73). Así mismo, el TJUE recordó que «el artículo 8, apartado 1, de dicha Directiva obliga a los Estados miembros, cuando se presuma que nacionales de terceros países o apátridas (...) que se encuentren en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear formular una solicitud de protección internacional, a facilitarles información sobre la posibilidad de hacerlo» (ap. 76). Para concluir, el tribunal establece que «ha de considerarse que la obligación de facilitar a los nacionales de terceros países información sobre la posibilidad de solicitar protección internacional (...) incumbe a cualquier (...) autoridad que es probable que reciba tales solicitudes» (ap. 77).

La solución propuesta debería configurarse haciendo uso de las adaptaciones que el Derecho de la Unión prevé para casos de entrada irregular: los extranjeros que no tengan derecho a permanecer en España se podrían excluir del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno [artículo 2.2.a) Directiva Retorno], reduciéndose las garantías aplicables, y las solicitudes de protección internacional podrían tramitarse de manera urgente en el mismo puesto fronterizo (artículo 38.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo). El artículo 21 Ley de Asilo podría habilitar esta posibilidad, de forma que serían los propios miembros del Cuerpo Nacional de Policía que se encuentran en estas oficinas los que inadmitirían o desestimarían las solicitudes de protección internacional en los casos previstos en dicho artículo. Esta sería la principal novedad del precepto, prescindir

---

<sup>657</sup> STJUE de 25 de junio de 2020, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*, as. C-36/20 PPU.

de la remisión de las solicitudes a la Oficina de Asilo y Refugio<sup>658</sup>, lo cual retrasa considerablemente el procedimiento<sup>659</sup>.

En nuestra opinión, en conclusión, la solución propuesta tiene numerosas ventajas:

- 1) Se aplicaría la única medida de interceptación jurídicamente viable para casos de interceptación de migrantes que hayan consumado su entrada irregular en España: la detención y conducción al puesto fronterizo más cercano.
- 2) Se evitaría el abuso del derecho a la prohibición de expulsiones colectivas por parte de los no solicitantes de protección internacional, lo cual tenía como consecuencia tramitar un procedimiento administrativo muy difícil de ejecutar.
- 3) Se respetaría el derecho a la no devolución, pues se realizaría un examen objetivo y razonable de las solicitudes de protección internacional.
- 4) No se dependería de la voluntad de Marruecos para hacer efectivo el Acuerdo de Readmisión de 1992, pues técnicamente no se trataría de una repatriación, sino de una denegación de entrada en frontera<sup>660</sup>.
- 5) No sería necesario cambiar la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, pues se seguiría desprendiendo del mismo la doble protección que dispensa: el respeto al principio de no devolución y el derecho a un recurso efectivo.
- 6) La solución sería extrapolable al resto de Estados miembros situados en la frontera exterior del Espacio Schengen, pues en todos ellos, como

---

<sup>658</sup> En virtud del artículo 6.3 Reglamento de la Ley de Asilo «las solicitudes de asilo, acompañadas de la documentación correspondiente, se remitirán por las dependencias mencionadas en el artículo 4 a la Oficina de Asilo y Refugio de forma directa e inmediata».

<sup>659</sup> Para ello sería necesario acudir al instrumento jurídico de la delegación, regulado en el artículo 9.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Como señala Manuel IZQUIERDO CARRASCO en «Capítulo XIL: Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones», en Eduardo GAMERO CASADO (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, 2017, p. 2.794, pese a que el citado precepto establece la posibilidad de delegar en otros órganos, este debería interpretarse en el sentido de que «la destinataria puede ser también una mera unidad administrativa». La práctica ha demostrado que puede ser así; sirva como ejemplo la Resolución de 29 de julio de 2016, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, mediante la cual se delega la competencia de autenticación de copias de documentos privados y públicos en un puesto de Auxiliar Administrativo.

<sup>660</sup> En algunos casos, Marruecos ha aceptado a los ciudadanos de origen marroquí expulsados por España pero no a los migrantes subsaharianos, alegando en repetidas ocasiones que «no podía saber si esas personas habían entrado a España a través de Marruecos», condición recogida en el Acuerdo [Sonia MORENO, «La historia del acuerdo de devolución de migrantes a Marruecos que Pedro Sánchez ha sacado del cajón», 25 de agosto de 2018 [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-readmision-migrantes-Marruecos-magrebies\\_0\\_807369599.html](https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-readmision-migrantes-Marruecos-magrebies_0_807369599.html) (Consultado por última vez el 11/08/2020)]].

consecuencia de la existencia de una normativa común en materia de control fronterizo y asilo, se podría hacer uso de las posibilidades que ofrece el Derecho de la Unión para casos de entrada irregular.

# **CAPÍTULO V. LA EJECUCIÓN NACIONAL DEL MANDATO DE VIGILANCIA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES MARÍTIMAS DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A ITALIA Y ESPAÑA**

## **1. LA VIGILANCIA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES MARÍTIMAS DE LA UNIÓN EUROPEA**

Entre los distintos tipos de fronteras exteriores de la Unión Europea, la marítima merece una atención especial y ello se debe, principalmente, a dos factores. En primer lugar, desde un punto de vista geográfico, el tramo más amplio de la frontera exterior de la Unión Europea se encuentra en el mar (alrededor de 44.000 km)<sup>661</sup>. En segundo lugar, desde el punto de vista operacional, la singular naturaleza del medio marino dificulta su vigilancia. A diferencia de las fronteras terrestres y aéreas, la vigilancia de la frontera marítima no se produce en un solo punto de entrada, como un aeropuerto, o a lo largo de una línea, como la frontera terrestre, sino en una superficie porosa de gran extensión. Estos factores convierten a la frontera marítima exterior de la Unión Europea en la vía más vulnerable, y a la vez más accesible, para que las organizaciones internacionales de tráfico ilícito de migrantes desarrollen su actividad. Según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM), el número de cruces irregulares detectados en la Unión Europea en el año 2019 fue de 128.536, de los cuales 103.901 se produjeron por vía marítima (un 80% del total)<sup>662</sup>. También es la vía más peligrosa, dado que concentra, con diferencia, el mayor número de muertes de personas que intentan acceder al territorio de la Unión Europea<sup>663</sup>.

---

<sup>661</sup> En concreto, según la *Estrategia de Seguridad Marítima de la Unión Europea*, adoptada por el Consejo en su formación de Asuntos Generales el 24 de junio de 2014, doc. n.º 11205/14, las fronteras marítimas constituyen el 70% de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

<sup>662</sup> En el informe de la OIM *DTM Mediterranean. Summary Key Results January- December 2019* se distribuyen las llegadas en virtud de las diferentes rutas utilizadas: Italia con 11.471 personas; España con 26.168 personas; Malta con 3.405 personas; Grecia con 62.445 personas y Chipre con 412 personas.

<sup>663</sup> En los últimos cuatro años se han contabilizado 12.466 fallecimientos de personas que intentaban llegar de manera irregular a la Unión Europea a través de la frontera marítima, concretamente a través del Mar Mediterráneo. El 2016 fue el que se cobró el mayor número de fallecimientos, 5.143, cifra que se ha visto reducida en 2017 (3.139 personas), 2018 (2.299 personas) y 2019 (1.885) personas. En lo que llevamos de año (enero- julio 2020) han fallecido 384 personas. Entre las distintas rutas (Mediterráneo Oriental, Mediterráneo Central y Mediterráneo Occidental), la del Mediterráneo Central ha sido históricamente la más peligrosa [Fuente: *Missing Migrants Project*, disponible en: <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean> (Consultado por última vez el 12/08/2020)].



Precisamente, en relación con lo anterior es necesario aclarar que las pateras, cayucos o balsas de goma no cumplen con el equipamiento, las dimensiones y la estructura necesarias para navegar (motivo por el que son llamados «embarcaciones de fortuna», expresión que utilizaremos en adelante para referirnos a ellos), lo que se ve agravado por el hecho de que tienen una capacidad para transportar un número de pasajeros considerablemente menor al que en realidad embarcan en ellas. Por ello, la mayor parte de la doctrina considera que su incapacidad de navegar supone objetivamente una situación de riesgo de naufragio que requiere una operación de rescate, no de interceptación<sup>664</sup>. Estas operaciones se estudiarán en profundidad en el capítulo siguiente.

Según SOBRINO HEREDIA y OANTA, el Derecho Internacional reconoce a todo Estado costero, como manifestación de su soberanía, la capacidad de establecer «con plena libertad los sistemas de control, fiscalización y vigilancia sobre su frontera marítima para salvaguardar su seguridad, impedir la entrada ilegal de embarcaciones y hacer cumplir su legislación interna en materia de inmigración»<sup>665</sup>. De las dos actividades de control fronterizo que ya conocemos, inspección y vigilancia, la vigilancia es la que cobra una mayor importancia en el ámbito marítimo. De acuerdo con el CFS 2016, las inspecciones en la frontera marítima podrán tener lugar «(...) en el puerto de llegada o de salida, o en una zona destinada a tal fin situada en las inmediaciones del buque, o a bordo del propio buque en las aguas territoriales según las define la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar» (Apartado 3.1.1 del Anexo VI del CFS)<sup>666</sup>. Entre todas las posibilidades descritas, la práctica habitual en los Estados miembros es situar los pasos

---

<sup>664</sup> Es el caso de Patricia MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security Through the Creation of a Cooperative Framework*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, p. 98. No obstante, también existen autores que invitan a preguntarse si dicha situación de peligro se puede considerar como tal cuando viene inducida para producir el rescate de las autoridades de un determinado país. Es el caso de Michael PUGH, «Europe's Boat People: Maritime cooperation in the Mediterranean», *Chaillot Paper* n.º 41, julio 2000, p. 57. Precisamente, en esta línea nos hemos manifestado en esta investigación respecto a la posibilidad de que determinados derechos fundamentales afectados por la actividad administrativa de interceptación sean susceptibles de ser ejercidos de forma abusiva por los migrantes que son objeto de tal actividad (*vid.* Capítulos III, IV y VI).

<sup>665</sup> José Manuel SOBRINO HEREDIA y Gabriela Alexandra OANTA, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», *AFDUDC (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña)*, 14, 2010, p. 766.

<sup>666</sup> El mismo precepto, relativo a las «Normas específicas para los diferentes tipos de fronteras y los distintos medios de transporte utilizados para el cruce de las fronteras exteriores» continúa estableciendo, en lo que respecta a las inspecciones fronterizas extraterritoriales, que «(...) Los Estados miembros podrán celebrar acuerdos con arreglo a los cuales las inspecciones podrán efectuarse asimismo durante el trayecto que realice el buque, o bien a la llegada de este al territorio de un país tercero o a la salida del mismo de dicho territorio, respetando los principios establecidos en el punto 1.1.4».

fronterizos de las fronteras exteriores marítimas, y por tanto la actividad de inspección, en sus respectivos puertos.

No obstante, la postergación de la verificación de las condiciones de entrada de una persona al Espacio Schengen a un momento tan tardío tiene, como comprobaremos, consecuencias poco beneficiosas para los intereses de los Estados miembros. Esta circunstancia motiva que estos últimos anticipen su actividad de control fronterizo mediante la vigilancia de los distintos espacios marítimos que deben atravesarse para llegar a sus puertos. Todo ello provoca que el grueso de las actuaciones relacionadas con el control fronterizo en el mar sean actividades administrativas de vigilancia y constituyan, en consecuencia, una ejecución del artículo 13 CFS 2016.

Conforme a lo anterior, cuando existan indicios razonables para sospechar que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones realizadas en los pasos fronterizos (en este caso, en los puertos), las autoridades nacionales encargadas de la vigilancia fronteriza pueden adoptar, entre otras, alguna de las siguientes medidas: solicitar información y documentación sobre la propiedad, la matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque; solicitar información y documentación sobre la identidad, la nacionalidad y otros datos pertinentes de las personas a bordo; detener, abordar y registrar el buque, su carga y las personas a bordo, e interrogar a las personas que se encuentren a bordo. Son, como se señaló en el Capítulo III, las denominadas medidas de detección. En el caso de que, tras estas actuaciones, se hallen elementos probatorios que confirmen la sospecha, el Estado miembro en cuestión podrá adoptar las medidas de interceptación correspondientes, tanto de naturaleza preventiva como de naturaleza correctiva, para impedir el cruce irregular. Dado que, como sabemos, son las medidas de interceptación las que provocan mayores conflictos con los derechos humanos de los migrantes, serán estas últimas las que constituyan el objeto del presente Capítulo. No obstante, antes de proceder a su análisis, es necesario determinar el ámbito espacial en el que se llevan a cabo. Es decir, qué se entiende por frontera marítima exterior de la Unión Europea.

## 2. LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA EXTERIOR MARÍTIMA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1 La frontera marítima en el Derecho Internacional

Como bien apuntan SOBRINO HEREDIA y OANTA, «la característica principal de la frontera marítima es la falta de definición, su porosidad, [dado que] su extensión y composición impiden visualizar una frontera sólida»<sup>667</sup>. Como ya hemos indicado, no se trata de un trazo fijo y estático, como la frontera terrestre, destinado a delimitar el espacio de soberanía donde el Estado ejerce su jurisdicción. El medio marino se encuentra dividido en distintas zonas cuyo régimen jurídico, establecido por la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (en adelante, CNUDM), determina el ejercicio de jurisdicción del Estado ribereño. Resumidamente se puede decir que, a medida que nos distanciamos de la costa, el Estado pierde progresivamente sus prerrogativas soberanas. Esa progresividad en el ejercicio de la soberanía es la que explica la porosidad de la frontera marítima, lo cual dificulta enormemente su definición. Como resultado, y según señala CARLING, el control de áreas marítimas es más difícil y costoso que en zonas terrestres, al tratarse de la vigilancia de un área y no de una línea<sup>668</sup>.

Un segundo factor que complica la ardua tarea de definir la frontera marítima es el criterio utilizado por la CNUDM para delimitar los distintos espacios marítimos (principalmente: las aguas interiores, el mar territorial, la Zona Contigua, la Zona Económica Exclusiva y Alta Mar), tarea que precede al establecimiento de sus distintos regímenes jurídicos. Estos espacios están definidos a partir de las llamadas líneas de base que, de forma general y conforme al artículo 5 de la CMUDM, vienen constituidas por «la línea de bajamar a lo largo de la costa». Este volátil criterio provoca, como bien afirma TREVISANUT, que la frontera marítima sea una frontera de «geometría variable»<sup>669</sup>, dado que «la determinación del límite externo de la zona marina se funda en la proyección de las características geográficas y morfológicas de la costa sobre el mar adyacente»<sup>670</sup>.

---

<sup>667</sup> José Manuel SOBRINO HEREDIA y Gabriela Alexandra OANTA, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», cit., p. 763.

<sup>668</sup> Jørgen CARLING, «Migration Control and Migrant Fatalities at the Spanish-African Borders», *International Migration Review* n.º 41(2), p. 324.

<sup>669</sup> Seline TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Jovene Editore, Napoles, 2012, p. 41.

<sup>670</sup> *Ibidem*, p. 39.

Como punto de partida puede señalarse que la soberanía de un Estado sobre el mar y, por tanto, el ejercicio de potestades públicas por parte de su Administración, es comparable a la ejercida sobre su territorio únicamente en sus aguas interiores. En el resto de los espacios marítimos, como veremos a continuación, el ejercicio de la jurisdicción depende de los límites que garantizan los derechos de los terceros Estados:

a) Aguas interiores

En virtud del artículo 8 CNUDM, «las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado». Estas tienen su límite exterior en el mar territorial y el interior en tierra firme, por lo que dentro de ellas encontramos los puertos, radas, bahías y ensenadas. Como se ha señalado anteriormente, en las aguas interiores el Estado ribereño ejerce su soberanía como si se tratara del territorio terrestre (artículo 2.1 CNUDM).

b) Mar territorial

Conforme al artículo 3 CNUDM, «Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención»<sup>671</sup>. En cuanto a la jurisdicción ejercida sobre dicho espacio, el artículo 2. 1º CNUDM determina que «La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores (...) a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial». Según SOBRINO HEREDIA y OANTA, «la razón determinante de este reconocimiento de soberanía estatal sobre el mar adyacente a sus costas consiste en que ello es indispensable a su seguridad y a la protección de sus legítimos intereses»<sup>672</sup>. No obstante, dicha soberanía se encuentra sometida a ciertos límites, ya que «se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de Derecho Internacional» (artículo 2. 3º CNUDM).

---

<sup>671</sup> Así lo había establecido ya España mediante la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el mar territorial. En virtud de su artículo tercero «El límite exterior del mar territorial estará determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base». En el mismo sentido el *Codice della Navigazione* italiano establece en su artículo 2.2 que «E' soggetta altresì alla sovranità dello Stato la zona di mare dell' estensione di dodici miglia marine lungo le coste continentali ed insulari della Repubblica e lungo le linee rette congiungenti i punti estremi indicati nel comma precedente. Tale estensione su misura dalla linea costiera segnata dalla bassa marea (...)».

<sup>672</sup> José Manuel SOBRINO HEREDIA y Gabriela Alexandra OANTA, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», cit., p. 769.

Entre los límites impuestos por la propia CNUDM cabe señalar el «derecho de paso inocente», el cual viene regulado en los artículos 17 y ss. CNUDM. Del mismo se puede destacar que permite la simple travesía ininterrumpida de un buque por el mar territorial de otro Estado, así como la entrada y salida de sus aguas interiores. No obstante, como anticipamos en el Capítulo III, el artículo 19.2 CNUDM excluye del paso inocente toda aquella travesía que sea perjudicial para «la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño (...)». Entre tales travesías la propia CNUDM incluye «El embarco o *desembarco* de cualquier producto, moneda o *persona*, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de *inmigración* o sanitarios del Estado ribereño» [artículo 19.2.g) CNUDM]. En estos casos, el Estado ribereño «podrá tomar (...) *las medidas necesarias* para impedir todo paso que no sea inocente» (artículo 25.1 CNUDM).

Por lo tanto, se puede concluir que el Estado ribereño irradia soberanía plena sobre su mar territorial sin perjuicio del «paso inocente» de los buques de un tercer Estado, teniendo en cuenta, eso sí, las salvaguardas relativas a la seguridad y buen orden señaladas.

#### c) Zona Contigua

El artículo 33.2 CNUDM dispone que «La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial». De lo anterior se deduce que existe un solapamiento entre el mar territorial y la zona contigua en las 12 millas marinas más próximas a las líneas de base. Centrándonos en el espacio no solapado, el Estado ribereño no tiene soberanía, sino que, entre otras potestades, y en lo que ahora nos interesa, «podrá tomar *las medidas de fiscalización necesarias* para: a) Prevenir las infracciones (...) de inmigración (...) que se cometan en su territorio o en su mar territorial; [y] b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial» (artículo 33.1 CNUDM). De este precepto y del relativo a los límites de paso inocente se deduce que el Estado ribereño conserva las principales potestades de control migratorio sobre su zona contigua.

#### d) Zona Económica Exclusiva (ZEE)

En relación con la anchura de la ZEE, el artículo 57 CNUDM establece que «La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial». De forma

similar a lo señalado anteriormente sobre el solapamiento entre espacios marítimos, las primeras 12 millas de la ZEE están sometidas al régimen del mar territorial, las 12 siguientes al régimen de la zona contigua y las restantes al régimen específico de la ZEE.

En cuanto al ejercicio de jurisdicción, sobre la ZEE el Estado ribereño tiene «Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos (...)» (artículo 56 CNUDM). Por lo demás, conforme al artículo 58.2 CNUDM, rigen las normas aplicables a alta mar.

De la literalidad de las disposiciones reproducidas se deduce que, *a priori*, a los Estados ribereños no se les ha reconocido ningún tipo de jurisdicción o potestad en materia migratoria sobre su Zona Económica Exclusiva, remitiéndose la Convención al régimen de alta mar.

#### e) Alta mar

El espacio marítimo conocido como «alta mar» se define por exclusión en el artículo 86 CNUDM, conforme al cual «Las disposiciones de esta Parte [alta mar] se aplican a todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado (...)». En este espacio, en virtud del artículo 87.1 CNUDM, «todos los Estados, sean ribereños o sin litoral (...)», gozan sin excepción de la inveterada libertad de navegación.

En cuanto a la jurisdicción de los Estados en alta mar, únicamente la ejercen sobre los buques que enarbolan su pabellón. Así lo establece el artículo 92.1 CNUDM cuando dispone que «Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado». Esta regla se puede interpretar como una ficción legal de que el buque es una extensión del territorio del Estado cuya bandera enarbola. No obstante, como límite a la misma es necesario mencionar el denominado «derecho de visita» (artículo 110 CNUDM). Este constituye una excepción conforme a la cual un buque de guerra (o, en general, al servicio de un gobierno) podrá inspeccionar buques en alta mar por distintos

motivos: por ser sospechosos de dedicarse a la piratería, al tráfico de esclavos o a realizar transmisiones de radio no autorizadas, por no tener ninguna nacionalidad o por tener la misma nacionalidad del buque visitante.

A los efectos de este capítulo, y según se deduce el artículo 110 CNUDM, no existe el derecho de visita sobre los buques sospechosos de tráfico ilícito de migrantes, a no ser que no tengan nacionalidad<sup>673</sup>. Como se mencionó en el Capítulo III, ello ha provocado que sea necesario colmar esta laguna mediante otros textos internacionales: el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de 13 de diciembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo)<sup>674</sup> y los acuerdos bilaterales entre Estados destinatarios y Estados de origen de flujos migratorios.

#### f) Aguas territoriales de terceros Estados

Como se deduce del articulado de la CNUDM, las aguas territoriales están sometidas únicamente a la jurisdicción del Estado ribereño. De ello se deduce que si un Estado realiza operaciones de interceptación en aguas territoriales de un tercer Estado es preciso un título habilitante. La naturaleza jurídica de estos títulos habilitantes, especialmente de los acuerdos bilaterales, merece una atención especial que se prestará con posterioridad.

De la clasificación de los distintos espacios marítimos que acabamos de exponer se deriva que la especial naturaleza del medio marino dificulta la tarea de determinar

---

<sup>673</sup> Así se deduce del artículo 110 CNUDM cuando establece que «un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: (...) d) no tiene nacionalidad». Si este derecho implica mayores poderes genera controversia. La doctrina está dividida y la jurisprudencia es limitada. Como apunta Violeta MORENO LAX, mientras algunos autores consideran que el uso de la fuerza no estaría justificado en caso de buques sin pabellón sin «algún tipo de nexo jurisdiccional de forma que el Estado pudiera extender su derecho a un buque sin pabellón y aplicarle esas leyes» (Robin CHURCHILL y Vaughan LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1983, p. 214) otros afirman que se pueden adoptar «medidas extraordinarias» contra buques sin pabellón (Myres S. MCDOGAL, y William T. BURKE, *The public order of the oceans*, Yale University Press, New Haven/London, 1962, p. 1084), *apud* Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, n.º 2, 2011, p. 186. Parece que la última postura es la más acertada si se tiene en cuenta la regulación del Protocolo de Palermo del año 2000, cuyo artículo 8.7 dispone que «Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar al buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda».

<sup>674</sup> Como se apuntó en el Capítulo III, el citado Protocolo ha sido ratificado por la mayoría de los Estados miembros y por la propia Unión Europea.

dónde se encuentra la frontera marítima de un determinado Estado, dado lo cual nos vemos abocados a recurrir a los conceptos clásicos del Derecho Internacional. No obstante, incluso optando por una definición clásica de frontera como «línea permanente que establece el límite de las competencias territoriales de los Estados»<sup>675</sup>, sería posible hablar de distintas acepciones del término frontera marítima. Conforme a una acepción restringida, la frontera marítima se situaría en el límite exterior del mar territorial que, como se ha indicado, es el límite hasta donde el Estado hace valer su plena soberanía, sin perjuicio del derecho de paso inocente. No obstante, dado que el Estado ribereño también puede ejercer su jurisdicción en su zona contigua para prevenir y sancionar el incumplimiento de determinadas leyes, entre ellas las migratorias, el límite exterior de aquella también podría constituir la frontera marítima desde una perspectiva conceptual más amplia. El problema de esta última acepción es que las zonas contiguas deben ser declaradas por los Estados ribereños para ejercer su jurisdicción sobre ellas. Y aunque la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea lo han hecho, hay algunas excepciones, por lo que la unidad de criterio invita a situar la frontera marítima en el límite exterior del mar territorial<sup>676</sup>.

## 2.2 La aplicación del modelo europeo de fronteras a las fronteras marítimas

Como señalamos en el Capítulo I, el modelo europeo de fronteras presenta dos características esenciales: la traslación de los controles fronterizos desde las fronteras interiores a las fronteras exteriores del Espacio Schengen y la frecuente disociación entre el control de la frontera exterior y el trazado o línea que representa a esta última desde un punto de vista geográfico. Como comprobaremos a continuación, las previsiones del Derecho de la Unión relativas a la vigilancia de las fronteras exteriores marítimas reflejan a la perfección este modelo.

La norma de referencia en materia de control fronterizo, el CFS 2016, no ofrece una definición específica de las fronteras marítimas más allá de su catalogación como fronteras exteriores de la Unión Europea. Sin embargo, otras normas e informes en el ámbito de la Unión contienen ciertas referencias, en ocasiones muy ilustrativas, acerca de dónde se situaría dicha frontera. En este sentido, el artículo 8.5 del Reglamento (UE)

---

<sup>675</sup> Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12, 2002, p. 303. Sobre el concepto de frontera, *vid.* Capítulo I.

<sup>676</sup> Seline TREVISANUT, «The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of Asylum Protection», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 12, 2008, p. 232.



n.º 515/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores, dispone que «A efectos de la distribución de recursos en virtud del apartado 1 (...) la expresión «fronteras exteriores marítimas» significará *el límite exterior del mar territorial de los Estados miembros*, definido con arreglo a los artículos 4 a 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. No obstante, en los casos en que se requiera llevar a cabo periódicamente operaciones de largo alcance para impedir cruces de fronteras no autorizados, esta expresión significará *el límite exterior de las zonas sometidas a una amenaza importante*. Este límite exterior se determinará teniendo en cuenta los datos correspondientes a dichas operaciones en el período 2014-2016 que faciliten los Estados miembros de que se trate».

En línea con lo expresado en el Capítulo I, el precepto reproducido representa un ejemplo muy evidente de la desnaturalización que sufren los controles de las fronteras exteriores cuando su función se reduce a tratar de impedir los cruces de fronteras no autorizados. Como puede observarse, el artículo 8.5 del Reglamento (UE) n.º 515/2014 parte de un concepto clásico de frontera exterior marítima que hace coincidir su localización con el límite exterior del mar territorial, línea que delimita el espacio donde un Estado ejerce su soberanía de conformidad con la CNUDM. Sin embargo, posteriormente, el mismo precepto añade que, cuando los Estados miembros realicen «operaciones de largo alcance» para impedir los cruces de fronteras no autorizados, la expresión «frontera exterior» se corresponderá con el límite exterior de las zonas sometidas a una amenaza importante<sup>677</sup>. Esta aclaración del legislador de la Unión no es más que una previsión explícita de la extraterritorialización de la que es objeto la actividad de vigilancia cuando se trata de evitar que los flujos migratorios irregulares alcancen el territorio de la Unión Europea. Es decir, el artículo 8.5 del Reglamento (UE)

---

<sup>677</sup> Pese a que la Unión Europea, a través del CFS 2016, no tiene competencia alguna para habilitar la realización de controles fronterizos en el mar territorial de terceros Estados, nada obsta a que los Estados miembros firmen acuerdos bilaterales con dichos Estados que así lo contemplen. Por ello, ese «límite exterior de la zona sometida a una concreta amenaza» puede estar situado, si existe título habilitante para ello, incluso en aguas jurisdiccionales de terceros Estados. Como se anticipó en el Capítulo I, esta es la idea que subyace en la regulación de los «pasos fronterizos comunes» cuando el CFS 2016 dispone que «Los Estados miembros podrán celebrar o mantener acuerdos bilaterales con terceros países vecinos por lo que respecta al establecimiento de pasos fronterizos comunes en los que los agentes de la guardia de fronteras del Estado miembro y los agentes de la guardia de fronteras del tercer país realicen inspecciones de entrada y de salida de forma sucesiva con arreglo a su legislación nacional en el territorio de la otra parte. Los pasos fronterizos comunes podrán estar situados o en el territorio del Estado miembro o en el territorio del tercer país» (punto 1.1.4.1 Anexo VI CFS).

n.º 515/2014 recoge, además de un concepto geográfico, un concepto operativo de frontera marítima exterior de la Unión Europea.

El Reglamento (UE) n.º 515/2014 no es el primer documento que abraza esa concepción dual de la frontera marítima exterior de la Unión. Según el *Estudio de viabilidad sobre el control de las fronteras marítimas de la Unión Europea* realizado en 2003, «Una frontera marítima tiene dos espacios dimensionales. Estrictamente hablando es la línea de costa, la tierra adyacente y el mar territorial adyacente. En un sentido más amplio, algunas veces incluye parte de alta mar donde las operaciones de vigilancia tienen lugar»<sup>678</sup>. En esta misma línea que opta por utilizar, bajo determinadas circunstancias, un concepto de frontera que desplaza los criterios meramente geográficos, el *Programa de medidas para combatir la inmigración clandestina a través de las fronteras marítimas de los Estados miembros de la Unión Europea* del año 2003 disponía que «el programa adopta el concepto de ‘frontera marítima virtual’ con el objetivo de reforzar las fronteras legales de los Estados miembros mediante la realización de operaciones comunes y la adopción de medidas específicas en los lugares de procedencia y tránsito de los flujos migratorios ilícitos»<sup>679</sup>.

Con la finalidad de sistematizar las distintas medidas de interceptación llevadas a cabo en el ámbito marítimo, con posterioridad se partirá de esta concepción dual de la frontera exterior marítima de la Unión para diferenciar entre vigilancia territorial (realizada en el mar territorial) y vigilancia extraterritorial (realizada en la zona contigua, alta mar y el mar territorial de terceros Estados). Como se anticipó en el Capítulo I, dado que la concepción dual de la frontera exterior contemplada en la normativa reguladora del control fronterizo no ha ido acompañada de un correlativo reconocimiento en la normativa en materia de asilo, la vigilancia extraterritorial acarrea grandes problemas y

---

<sup>678</sup> Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 19 de septiembre de 2003, doc. 11490/1/03, p. 8

<sup>679</sup> Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 18 de noviembre de 2003, (OR. en) 13791/2/03, p. 1. Fronteras «virtuales» ha sido el nombre dado por numerosos autores a las fronteras deslocalizadas en distintos espacios con vistas al control de la inmigración. Para mayor detalle, *vid.* Roland FREUDENSTEIN, «Río Odra, Río Buh: Poland, Germany, and the Borders of Twenty-First-Century», en Peter ANDREAS y Timothy SNYDER, (eds.) *The Wall Around the West. State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Rowman & Littlefield, 2001, pp. 173-184; Gina CLAYTON, «The UK and Extraterritorial Immigration Control: Entry Clearance and Juxtaposed Control», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, pp. 391-423. Como ejemplos de esta categoría se pueden citar los «pasos fronterizos comunes», «controles yuxtapuestos» o «pre-clearance» (al respecto, *vid.* Capítulo I).

contradicciones en el derecho aplicable y una considerable disminución de las garantías aplicables a los migrantes afectados por dicha actividad.

### **3. OPERACIONES DE INTERCEPTACIÓN EN LA FRONTERA DEL MAR TERRITORIAL DE UN ESTADO MIEMBRO. EN ESPECIAL, LAS OPERACIONES DE REMOLQUE O ACOMPAÑAMIENTO DESDE EL MAR TERRITORIAL AL EXTERIOR.**

#### **3.1 Contextualización de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro**

Fruto del análisis de los títulos habilitantes existentes en materia de vigilancia fronteriza en el Capítulo III se distinguió entre actividades administrativas de interceptación de naturaleza preventiva, las cuales tenían por objeto impedir que se consumara la tentativa de cruce irregular de la frontera exterior, y las actividades administrativas de interceptación de naturaleza correctiva, cuya finalidad era restablecer la legalidad una vez consumado el cruce irregular de la mencionada frontera. En ambos casos, la interceptación se producía empleando la coacción directa frente a los migrantes.

Ante la denunciada parquedad de los títulos habilitantes en este ámbito en la normativa nacional y la ausencia de una positivación de las garantías que son aplicables a las concretas medidas de interceptación, en este epígrafe se expondrá, tomándolo como ejemplo y modelo, el régimen jurídico de garantías aplicable a la actuación administrativa consistente en remolcar u acompañar a un buque más allá del límite exterior del mar territorial<sup>680</sup>.

Dado que esta actuación tiene lugar una vez confirmadas las sospechas de que dicho buque ha consumado el cruce irregular de la frontera exterior marítima con la intención de sustraerse a las inspecciones fronterizas y dado que su objeto es restablecer la legalidad protegida por la normativa de control fronterizo, la misma puede calificarse

---

<sup>680</sup> Existen numerosos ejemplos de esta práctica por parte de las Administraciones nacionales: «Acusan a Grecia de expulsar inmigrantes sin papeles de aguas territoriales» [Disponible en <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/inmigrantes/140817/acusan-a-grecia-de-expulsar-inmigrantes-sin-papeles-de-aguas-territoriales/> (Consultado por última vez el 12/08/2020)]. Para más información sobre las expulsiones de los migrantes de las aguas territoriales griegas *vid.* Pro Asyl, *Pushed back. Systematic human rights violations against refugees in the Aegean sea and the Greek-Turkish land border*, 7 de noviembre de 2013. Este tipo de medidas de interceptación son objeto de análisis en Anja KLUG y Tim HOWE, «The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS, (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, cit., p. 93.

como medida de interceptación de naturaleza correctiva<sup>681</sup>. De hecho, teniendo en cuenta sus características, el remolque u acompañamiento al exterior del mar territorial de un buque en el que viajan migrantes que pretenden entrar irregularmente en la Unión Europea es una medida de interceptación muy similar a las devoluciones en caliente analizadas en el Capítulo IV. La diferencia esencial es que aquellas adaptaban su ejecución a las particularidades de la frontera terrestre (valla de Melilla) y estas deben tener en cuenta la especificidad de la frontera marítima.

### 3.2 Compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con la Directiva Retorno

Siguiendo la metodología empleada en el Capítulo IV respecto al Régimen especial de Ceuta y Melilla regulado en la DA 10ª LOEx, es necesario determinar si el remolque o acompañamiento de un buque detectado en el mar territorial de un Estado miembro hasta el espacio marítimo situado más allá de las 12 millas marinas contadas desde sus líneas de base es una ejecución del artículo 13 CFS 2016 compatible con la Directiva Retorno.

Como sabemos, en principio, «Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que

---

<sup>681</sup> Dado que los títulos habilitantes de las potestades que permiten adoptar medidas de interceptación ya fueron analizados en el Capítulo III, en el cual se concluyó que, por regla general, tales títulos vienen representados por cláusulas de orden público o potestades implícitas a la actividad de vigilancia, consideramos innecesario reiterar las reflexiones realizadas en aquella sede. En esta ocasión nos limitamos a reproducir algunos de los preceptos que pueden habilitar la adopción de la medida que es objeto de análisis:

Artículo 13.1 CFS 2016: «La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y *adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente*».

Artículo 4 *Protocollo tra il Ministero della difesa della Repubblica italiana e il Ministero della difesa albanese di attuazione dello Scambio di lettere relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania* de 2 de abril de 1997: «La Parte albanese si impegna ad informare l'armatoria pubblica e privata di bandiera circa l'autorità conferita ai mezzi italiani di cui al precedente para. 1 di potere mettere in atto nei confronti del naviglio albanese, nelle acque territoriali albanesi e nelle acque internazionali, tutte le misure necessarie a garantire il controllo ed il contenimento del flusso di presone menzionate al punto 1. anche attraverso l'esecuzione di (...) dirottamento». Este título únicamente habilitaría la medida en cuestión si es adoptada por Italia en relación con buques que enarbolan pabellón albanés. Vid. Capítulo III.

Artículo 20 de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima (española): «la Administración Marítima podrá *condicionar, restringir o prohibir*, por razones de seguridad y protección marítima, la navegación en ciertos lugares de los espacios marítimos españoles (...) Dichas medidas podrán ser asimismo adoptadas por los *Ministerios competentes* (...) cuando ello sea necesario *para prevenir la realización de actividades ilícitas o el ejercicio de cualquier tráfico prohibido*». Del precepto reproducido se puede extraer que el Ministerio del Interior podrá adoptar las medidas mencionadas para prevenir el tráfico ilícito de migrantes en el mar territorial.

se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE [Directiva Retorno]» (artículo 13.1 CFS 2016). Claramente, la medida de interceptación expuesta no constituye un procedimiento tramitado de conformidad Directiva Retorno. Sin embargo, ello no comporta automáticamente su ilegalidad. En capítulos previos hemos dado cuenta de la posibilidad que tienen los Estados miembros de excepcionar de la aplicación de la Directiva Retorno los denominados «casos fronterizos» [artículo 2.2.a) Directiva Retorno], es decir, aquellas situaciones en las que los migrantes irregulares «son detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro»<sup>682</sup>. Parece que, dado que la frontera marítima exterior del Espacio Schengen coincide con el límite exterior del mar territorial, los Estados miembros podrían, si así lo prevén explícitamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos, decidir no aplicar la Directiva Retorno a los migrantes detectados en su mar territorial pretendiendo eludir las inspecciones fronterizas situadas en los puertos<sup>683</sup>. En concreto, de conformidad con el artículo 4.4 Directiva Retorno, resultaría compatible con esta última que, una vez identificados los migrantes y descartadas vulnerabilidades relativas a su persona (minoría de edad, asistencia sanitaria, estado de gestación) y respetando el principio de no devolución, fueran expulsados de su mar territorial<sup>684</sup>. No obstante, ya hemos anticipado en otra sede que ni el derecho interno español ni el italiano han hecho uso de la potestad de la Directiva Retorno para excluir los casos fronterizos de su ámbito de aplicación<sup>685</sup>.

El hecho de que la medida de interceptación se lleve a cabo en el ámbito marítimo exige que se realice una aclaración en relación con la posible vulneración del principio

---

<sup>682</sup> Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno, p. 95.

<sup>683</sup> No obstante, debemos recordar que, en virtud del mencionado Manual de Retorno «Si un Estado miembro no ha hecho pública, previamente, su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en el artículo 2, apartado 2, letras a) o b), de la Directiva relativa al retorno, no podrá servirse de estas disposiciones como motivación para no aplicar posteriormente la Directiva relativa al retorno en casos individuales» (p. 94).

<sup>684</sup> En virtud del artículo 4.4 Directiva Retorno, los Estados miembros asegurarán el cumplimiento de garantías básicas, como el principio de no devolución o la toma en consideración de personas vulnerables respecto a los nacionales de terceros países que hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud, precisamente, del artículo 2.2 Directiva Retorno.

<sup>685</sup> Por ello se puede concluir que en Estados miembros como España e Italia, cuya legislación en materia migratoria no ha previsto la exclusión de los «casos fronterizos» del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno, las medidas consistentes en el remolque o acompañamiento de buques que transportan migrantes irregulares fuera de su mar territorial sin tramitar los procedimientos previstos en la normativa en materia de inmigración serían contrarias a la Directiva Retorno y a su propia legislación nacional.

de no devolución reconocido en el artículo 19.2 CDFUE. En el Capítulo IV se concluyó que la medida consistente en el rechazo en la frontera exterior terrestre española de los migrantes que habían entrado irregularmente a través de la valla de Melilla sin una evaluación previa de sus circunstancias comportaba automáticamente una vulneración de dicho principio, pues la expulsión del territorio español implicaba, necesariamente, la entrega de los migrantes a las autoridades marroquíes. Y, en el mismo sentido, en el ámbito marítimo algunos autores consideran que «cuando las medidas de interceptación colocan a las personas interceptadas bajo el pleno control del Estado interceptor, por ejemplo (...) cuando se remolca el barco a otro lugar (...), resulta aplicable el principio de no devolución»<sup>686</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que el principio de no devolución «no implica necesariamente el derecho del migrante a desembarcar en el Estado ni que dicho Estado sea automáticamente responsable de examinar su solicitud de asilo»<sup>687</sup>. Ni siquiera el retorno forzado a alta mar es necesariamente contrario a la prohibición de devolución pues, como apunta DEN HEIJER, es necesario que la persona sea expuesta a riesgo o maltrato<sup>688</sup>. Es decir, no siempre que se acompaña o se remolca un barco fuera del mar territorial ello implica que la persona expulsada sea expuesta a riesgo o maltrato. De hecho, la regla general es que no sea así, ya que la expulsión del mar territorial de un Estado no implica automáticamente el sometimiento a la jurisdicción de ningún otro Estado. No obstante, existe una excepción acertadamente señalada por BARNES «cuando la frontera marítima del mar territorial de un Estado es el único límite con la frontera marítima del mar territorial de otro Estado»<sup>689</sup>. En este caso, la expulsión del mar territorial sí podría suponer la vulneración del principio de no devolución reconocido en el artículo 19.2 CDFUE si se demostrara que la vida o la libertad de la persona expulsada corren riesgo en el Estado a cuya jurisdicción han sido sometidos como consecuencia de la operación (siempre que las autoridades de este último Estado decidieran ejercer de manera efectiva su jurisdicción afectando al derecho de paso

---

<sup>686</sup> Anja KLUG y Tim HOWE, «The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures», cit., p. 94.

<sup>687</sup> Simone MARINAI, «The action of Greece and Spain against irregular migration by sea», en Angela DEL VECCHIO, (ed.), *International law of the sea. Current trends and controversial issues*, Eleven International Publishing, La Haya, 2014, p. 43.

<sup>688</sup> Maarten DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, cit., p. 188.

<sup>689</sup> Richard BARNES, «The international Law of the Sea and migration control», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, cit., p. 126.

inocente). Podría ser el caso, por ejemplo, del remolque de una embarcación del mar territorial español al mar territorial marroquí en el Estrecho de Gibraltar.

En conclusión, la medida de interceptación consistente en el remolque u acompañamiento de un buque detectado en el mar territorial hasta el espacio situado más allá de las 12 millas contadas desde las líneas de base sería compatible con la Directiva Retorno (y sus excepciones) si se cumplen las siguientes condiciones: que el Estado miembro haya previsto explícitamente en su ordenamiento jurídico la inaplicación de la Directiva Retorno a los casos fronterizos, que la medida no implique una vulneración del principio de no devolución y que se hayan descartado determinadas vulnerabilidades respecto a los migrantes objeto de la medida (v.g.: minoría de edad, asistencia sanitaria o estado de gestación). Aunque el espacio situado más allá de las 12 millas contadas desde las líneas de base del Estado interceptor no se encuentre bajo la jurisdicción de un tercer Estado (lo cual descartaría la vulneración del principio de no devolución), a nuestro entender, la necesidad de descartar las vulnerabilidades citadas hace necesario, en todo caso, identificar a los migrantes antes de ser remolcados o acompañados al exterior del mar territorial.

### 3.3 Compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo

Teniendo en cuenta la naturaleza mixta de los flujos migratorios, una construcción del régimen jurídico de garantías aplicable a la medida de interceptación consistente en el remolque u acompañamiento de un buque detectado en el mar territorial hasta el espacio situado más allá de las 12 millas contadas desde las líneas de base sin una consideración de las previsiones de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo resultaría claramente incompleto<sup>690</sup>.

Como hemos repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, de conformidad con el artículo 3.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo, esta última resulta de aplicación en el mar territorial de los Estados miembros<sup>691</sup>. Como

---

<sup>690</sup> Aunque no será lo más frecuente, tampoco es imposible que haya a bordo del buque objeto de la medida «migrantes regulares», es decir, extranjeros con pleno derecho a entrar en territorio nacional y ciudadanos nacionales del Estado miembro de destino. Podemos citar, como ejemplo, miembros de las mafias de tráfico de inmigrantes, cooperantes humanitarios o periodistas.

<sup>691</sup> En virtud del artículo 3.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo, «La presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en

consecuencia, parece claro que la medida de interceptación objeto de análisis resultaría contraria a dicha Directiva si impidiera materialmente ejercer el derecho a solicitar protección internacional en el territorio del Estado miembro en cuestión. Ahora bien, cabe preguntarse si la incompatibilidad con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo se produce únicamente en aquellos casos en los que se impide solicitar protección internacional a las personas que hayan manifestado su intención de hacerlo tras ser detectados por las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza en el mar territorial, o si la medida también es contraria a la Directiva cuando se adopta sin informar a los migrantes interceptados y rechazados de la posibilidad de solicitar protección internacional. La diferencia no es baladí, pues implica un plus de proactividad por parte de las autoridades de vigilancia fronteriza en el momento de actuar.

Para responder a la cuestión planteada es necesario tener en cuenta que el Considerando 26 de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo establece que «aquellos que lleven a cabo labores de vigilancia de las fronteras terrestres o *marítimas* o que realicen controles fronterizos (...) deben ser capaces de proporcionar a los nacionales de terceros países o personas apátridas que se encuentren en el territorio, con inclusión de la frontera, las aguas territoriales o las zonas de tránsito de los Estados miembros, y *que formulen una solicitud de protección internacional*, la información pertinente sobre dónde y cómo deben presentarse las solicitudes de protección internacional. *Si dichas personas se encuentran en las aguas territoriales de un Estado miembro deben ser desembarcadas en tierra para que sus solicitudes se examinen de conformidad con la presente Directiva*»<sup>692</sup>. En principio, el precepto reproducido parece supeditar el

---

las *aguas territoriales* o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional».

<sup>692</sup> De la literalidad de este precepto se desprende que el Derecho de la Unión reconoce el derecho de paso inocente para solicitar protección internacional, lo cual es coherente con la postura asumida en esta investigación sobre la ilegalidad de «sancionar» la entrada irregular de solicitantes de asilo en el territorio de un Estado miembro (*vid.* Capítulos III y IV). Sin embargo, históricamente la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión no ha sido pacífica. Para autores como MORENO LAX, «es difícil aceptar que el paso con el propósito de pedir protección internacional sea contrario a las leyes migratorias del país», en el sentido del artículo 19. CNUDM, dado que el derecho de asilo está reconocido en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member's Obligations Accruing at Sea», cit., p. 191). No obstante, otros autores como GOODWIN-GILL y MCADAM, haciendo referencia expresa a los flujos mixtos de migrantes, sugieren que «por el hecho de que el barco pueda llevar refugiados o solicitantes de asilo que demandan la protección del Estado costero discutiblemente puede considerarse paso inocente» (Guy GOODWIN-GILLY Jane MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 274, *apud* Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member's Obligations Accruing at Sea», cit., p. 19). Como postura intermedia, BARNES pone el acento en las posibles interpretaciones del artículo 19 CNUDM: si se considera que el precepto enumera una lista cerrada de actividades que vulneran el paso inocente, no cabe restringir el paso a los refugiados que intentan alcanzar



ofrecimiento de información por parte de las autoridades nacionales a la previa manifestación de la intención de solicitar protección internacional por parte del migrante. Sin embargo, y aunque de manera confusa, otra parece ser la interpretación contenida en la STJUE de 25 de junio de 2020, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)* as. C-36/20 PPU. En la misma, en primer lugar, se establece que las autoridades nacionales no pueden «abstenerse de informar al nacional en cuestión de la posibilidad de solicitar protección internacional con el pretexto de que ha debido de recibir antes esta información o de que puede recibirla después» (ap. 73). De esta afirmación se infiere que las autoridades nacionales tendrían la obligación de informar a los migrantes interceptados sobre «la posibilidad de solicitar protección internacional», independientemente de que aquellos se hayan manifestado o no al respecto. Sin embargo, con posterioridad, el TJUE afirma que «ha de considerarse que la obligación de facilitar a los nacionales de terceros países información sobre la posibilidad de solicitar protección internacional (...) incumbe a cualquier (...) autoridad que es probable que *reciba tales solicitudes*» (ap. 77). En este caso, en la misma línea que el Considerando 26 de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, el TJUE parece entender que la obligación de proporcionar información nace en el momento en el que la autoridad nacional «reciba tales solicitudes», no previamente.

A nuestro entender, de una lectura conjunta de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo y la mencionada sentencia se desprende que la medida de expulsión de un buque del mar territorial únicamente es contraria a la mencionada directiva y, como consecuencia, al artículo 18 CDFUE (Derecho de asilo), cuando se impide solicitar asilo a las personas que hayan manifestado su intención de hacerlo, no cuando se adopta sin informar a los migrantes interceptados de la posibilidad de solicitar protección

---

el territorio del Estado costero, ya que dicha circunstancia no se encuentra tipificada. No obstante, si no nos encontráramos ante un *numerus clausus*, como el mencionado autor defiende, el Estado costero tendría discrecionalidad para considerar ciertas situaciones migratorias como contrarias a «la paz, el buen orden o la seguridad» y para tomar acciones contra los buques implicados, independientemente del estatus de sus pasajeros (Richard BARNES, «The international Law of the Sea and migration control», cit., p. 122). La interpretación de este autor implica que las llegadas masivas de refugiados pueden constituir actuaciones contrarias a la seguridad y el buen orden del Estado receptor, lo que permitiría suspender el paso inocente y expulsar al buque del mar territorial. Esta actuación podría ser entendida como una de «las medidas necesarias para suspender el paso» a las que hace referencia el artículo 25 CNUDM. No obstante, pese a lo fundamentado de su posición, el autor reconoce la existencia de «una interferencia entre el derecho del Estado a regular el paso inocente en el mar territorial y la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, que no permite penalizar la entrada ilegal de refugiados. (...) La consecuencia es que la aplicación de todas las provisiones de la mencionada Convención al mar territorial provocaría que fuera imposible luchar contra la inmigración irregular» (*Ibidem*, p. 125).

internacional<sup>693</sup>. El artículo 8.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo, en virtud del cual «Cuando *se presume* que nacionales de terceros países o apátridas *mantenidos en centros de internamiento o que se encuentren en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear presentar una solicitud de protección internacional*, los Estados miembros les facilitarán información sobre la posibilidad de hacerlo», refuerza esta interpretación. Como podemos observar, el precepto reproducido exige proactividad por parte de las autoridades nacionales para ofrecer información relativa a la protección internacional cuando los nacionales de terceros Estados se encuentran en ciertos lugares tasados, dentro de los cuales no se incluye el mar territorial.

Por último, conviene recordar que, aunque las medidas de interceptación que impiden materialmente ejercer el derecho a solicitar protección internacional a aquellas personas que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo son contrarias a esta última, los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer ciertas restricciones o condiciones para los casos en los que los solicitantes hayan entrado en el territorio de la Unión Europea de forma irregular (artículo 31.8 de la propia Directiva sobre Procedimientos de Asilo). Dado que esta cuestión ha sido abordada en el Capítulo IV, nos remitimos a las reflexiones realizadas en aquella sede.

#### 3.4 Compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con el CEDH

Al contrario de lo que sucedía en relación con las devoluciones en caliente producidas en la valla de Melilla, no existe ningún pronunciamiento del TEDH relativo a la compatibilidad de la actividad administrativa de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro con el CEDH. Sin embargo, el referente del caso *N.D. y N.T. c. España*, las reflexiones realizadas en el Capítulo IV al respecto y el resto de la jurisprudencia del TEDH conforman un conjunto

---

<sup>693</sup> En virtud del artículo 18 CDFUE «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Tal y como señalamos en el Capítulo III, la CDFUE no reconoce un derecho subjetivo a solicitar asilo, sino que se trata de un derecho de configuración legal. Por ello, entendemos que la constatación del incumplimiento de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo lleva aparejada la vulneración del artículo 18 CDFUE.

sólido de elementos que permiten analizar si esta medida se adecúa a las exigencias del CEDH.

La primera cuestión que debe abordarse es si el CEDH resulta aplicable a las actuaciones llevadas a cabo por los Estados parte del Convenio en su mar territorial. Dado que el Estado ribereño ejerce su soberanía en su mar territorial de la misma forma que en su territorio (sin perjuicio del derecho de paso inocente), la actuación de las autoridades nacionales consistente en la expulsión de un buque de su mar territorial puede considerarse un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH<sup>694</sup>.

Una vez determinada la aplicabilidad del CEDH, cabe preguntarse si la medida de interceptación objeto de análisis vulnera alguno de los derechos habitualmente susceptibles de ser violados en el marco de las actuaciones de vigilancia fronteriza: el principio de no devolución (artículo 3 CEDH), la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH) y el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH).

En relación con el principio de no devolución, nos remitimos a las apreciaciones realizadas en el epígrafe 3.2 de este Capítulo sobre la necesidad de tener en cuenta si la expulsión del mar territorial conlleva o no la entrada del buque interceptado en un espacio marítimo sometido a la jurisdicción de otro Estado. Como hemos mencionado, no siempre que se acompaña o se remolca un barco fuera del mar territorial de un Estado ello implica, necesariamente, que la persona expulsada sea expuesta a riesgo o maltrato y, consecuentemente, no habrá riesgo alguno para el principio de no devolución.

En cuanto a la prohibición de expulsiones colectivas, en principio no habría dudas de que la actuación consistente en el remolque o acompañamiento del buque fuera del mar territorial constituye una coacción directa encuadrable dentro del concepto de «expulsión». Sobre si dicha expulsión tiene carácter colectivo o no, habría que diferenciar entre las dos posturas mantenidas por el TEDH al respecto sobre las que se dio cuenta en el Capítulo IV. Recordemos que, conforme a la jurisprudencia recaída en relación al

---

<sup>694</sup> Recordamos que, de conformidad con el artículo 1 CEDH «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona *bajo su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». En este preciso sentido, el TEDH ha reconocido en su jurisprudencia la aplicabilidad del Convenio a las acciones estatales desarrolladas en su mar territorial. Sirvan como ejemplo la Decisión de admisibilidad de 15 de enero de 1997, *Antonissen c. Noruega*, as. 20960, en relación con medidas adoptadas en materia de pesca, y la STEDH *Pressos Compania Naviera SA c. Bélgica*, de 20 de noviembre de 1995, as. 17849/91, relativa a colisiones que tuvieron lugar en las aguas territoriales de Bélgica y Países Bajos.

artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, si la expulsión del buque se adopta con carácter general, sin garantías suficientes que acrediten una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas que viajan en él, la expulsión tendría naturaleza colectiva y, como consecuencia, sería contraria al artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH (ex STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, ap. 107). En este sentido, en la STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el TEDH consideró «que las expulsiones de extranjeros llevadas a cabo en el marco de interceptaciones (...) y *que tengan como efecto el impedir a los migrantes llegar a las fronteras de este Estado o incluso empujarlos hacia otro Estado*, (...) implica la responsabilidad del Estado en cuestión en virtud del artículo 4 del Protocolo n.º 4»<sup>695</sup>. Aunque en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* la medida de interceptación se adoptó en alta mar, parece que el argumento del TEDH reproducido, y que explica por qué se vio afectada la prohibición de expulsiones colectivas consagrada en el artículo 4 del Protocolo n.º 4, es plenamente extrapolable a las medidas de interceptación llevadas a cabo en el mar territorial que tengan por objeto «impedir a los migrantes llegar a las fronteras de este Estado o incluso empujarlos a otro Estado» mediante su remolque o acompañamiento al exterior de dicho espacio marítimo.

Ahora bien, continuando con la interpretación del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, conforme a la interpretación contenida en la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, la consideración de una expulsión como colectiva dependería también de si los migrantes en cuestión tenían otras vías disponibles para solicitar protección internacional que permitieran realizar una consideración individualizada de sus circunstancias sin necesidad de defraudar la normativa de control fronterizo. Si tales vías existieran, la expulsión del buque del mar territorial no podría considerarse como expulsión colectiva en el sentido del artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH, pues la ausencia de un examen individualizado de las circunstancias vendría causada por la propia conducta del migrante, que habría optado por entrar irregularmente en el mar territorial intentando beneficiarse de la dificultad que tienen las autoridades nacionales para controlar esta frontera tan porosa.

A nuestro entender, sin embargo, esta nueva línea jurisprudencial resulta prácticamente imposible de aplicar en el caso de las operaciones de interceptación

---

<sup>695</sup> STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ap. 180.

realizadas en el medio marino, y ello porque, cuando los migrantes son detectados en el mar (independientemente del espacio marítimo en el que ello se produzca), todavía no han tenido la oportunidad de alcanzar las vías legales para solicitar protección internacional (los puestos fronterizos localizados en los puertos del Estado miembro en cuyo mar territorial se detectan). Esta circunstancia, que responde a las particularidades de la vigilancia efectuada en la frontera marítima, fue apreciada por el Gobierno francés en sus alegaciones a la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*. Según el ejecutivo galo, en lo que concernía a la prohibición de expulsiones colectivas, este último caso no se podía comparar con *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, pues los migrantes que fueron interceptados en alta mar no habían tenido la oportunidad de que se examinaran sus circunstancias personales o de solicitar asilo. Estas no eran las circunstancias de N.D. y N.T., los cuales cruzaron irregularmente la frontera terrestre sin tener ninguna razón que les impidiera hacer uso de las vías legales para obtener una consideración individualizada de sus circunstancias por las autoridades competentes (STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España*, ap. 148). De hecho, muy probablemente, este argumento tuvo su fundamento en la consideración *a contrario* realizada por el TEDH en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, según la cual «(...) a diferencia de los emigrantes por vía terrestre, los emigrantes por vía marítima, quienes arriesgan frecuentemente sus vidas sin conseguir alcanzar las fronteras de un Estado, [si no resultara aplicable el artículo 4 Protocolo nº4 al CEDH] serían expulsados sin antes poder beneficiarse de un examen de sus circunstancias personales» (ap. 177).

Como ya anticipamos en el Capítulo IV, tenemos nuestras reservas sobre la nueva jurisprudencia del TEDH relativa a la prohibición de expulsiones colectivas. No obstante, incluso tomándola como referencia, consideramos que la misma no sería aplicable a los casos objeto de análisis. Por ello, puede concluirse que la medida de interceptación consistente en expulsar a un buque del mar territorial de un Estado miembro sería, en todo caso, contraria al artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH si se realizara sin una identificación de los migrantes que permitiera realizar una evaluación individualizada de sus circunstancias personales.

Finalmente, en relación con la vulneración del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo), como sabemos, y debido a su carácter accesorio, su apreciación dependerá de si previamente se ha determinado que la medida de interceptación vulnera

el artículo 3 CEDH o el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH<sup>696</sup>. En consecuencia, en aquellos casos en los que se verifique que la expulsión del buque del mar territorial del Estado ha supuesto una vulneración del artículo 3 CEDH o del artículo 4 del Protocolo n.º 4, también habrá que entender vulnerado el derecho a un recurso efectivo del artículo 13 CEDH.

### 3.5 Una alternativa a la medida de expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro

Del análisis del régimen de garantías aplicable a la actividad administrativa de interceptación consistente en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro se desprende, tal y como sucedía con el Régimen especial de Ceuta y Melilla regulado en la DA 10ª LOEx), que esta actuación dificulta respetar al mismo tiempo las garantías aplicables a los solicitantes de protección internacional y a los nacionales de terceros Estados que emigran por otros motivos (v.gr., migrantes económicos). Al fin y al cabo, nos volvemos a encontrar con una actuación material de las autoridades nacionales encargadas de la vigilancia fronteriza que sustituye a los procedimientos de extranjería derivados de la Directiva Retorno sin tener en cuenta la naturaleza mixta de los flujos migratorios y las garantías que son aplicables a los solicitantes de protección internacional. Por ello, partiendo de que la única medida de interceptación viable frente a los cruces irregulares ya consumados es la aprehensión y conducción al puesto fronterizo más cercano, hacemos extensiva a la frontera exterior marítima la solución propuesta en el Capítulo IV para la frontera exterior terrestre.

Es decir, una vez confirmadas las sospechas de que un buque que se encuentra en el mar territorial de un Estado miembro pretende eludir las inspecciones fronterizas para entrar en el territorio de la Unión Europea, las autoridades nacionales encargadas de la vigilancia fronteriza deberán aprehender a las personas que se encuentran a bordo y trasladarlas a un puesto fronterizo habilitado en uno de sus puertos. Una vez allí, los solicitantes de protección internacional tendrían la oportunidad de realizar su solicitud, mientras que al resto de migrantes se les tramitaría el procedimiento derivado de una denegación de entrada en frontera<sup>697</sup>. Como sabemos, la solución propuesta debe

---

<sup>696</sup> *Vid.* Capítulo III.

<sup>697</sup> Bien es cierto que, en casos de interceptación en la frontera marítima, al contrario de lo que sucede en la frontera terrestre, es más difícil determinar el país desde el que parten los migrantes, lo cual dificulta la ejecución de la resolución de denegación de entrada.

configurarse haciendo uso de las adaptaciones que el Derecho de la Unión prevé para casos de entrada irregular: los extranjeros que no tengan derecho a permanecer en España se podrían excluir del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno [artículo 2.2.a) Directiva Retorno], reduciéndose las garantías aplicables, y las solicitudes de protección internacional podrían tramitarse de manera urgente en el mismo puesto fronterizo (artículo 38.1 Directiva sobre Procedimientos de Asilo).

#### **4. VIGILANCIA MARÍTIMA EXTRATERRITORIAL: LA ZONA CONTIGUA. EN ESPECIAL, LA DENEGACIÓN DE ACCESO O BLOQUEO DE UN BUQUE.**

Si en el epígrafe anterior se exponía el régimen de garantías aplicable a la medida de interceptación prototípica realizada por las autoridades encargadas de la vigilancia en la frontera marítima exterior en un sentido geográfico o clásico (mar territorial), el objeto de este y los siguientes epígrafes es repetir este esquema para las actividades administrativas de interceptación llevadas a cabo en la denominada «frontera operativa o virtual». Esta, en el ámbito marítimo, puede situarse en la zona contigua, en la zona económica exclusiva, en alta mar o incluso en las aguas territoriales de terceros Estados. Tal variedad se debe a que su concreto emplazamiento varía dependiendo de donde se desplieguen las autoridades nacionales encargadas de la vigilancia fronteriza. Así lo establece el Derecho de la Unión, que a ciertos efectos ha hecho depender la localización de la frontera exterior marítima del lugar donde se produzcan los controles, y no al contrario, como ya vimos<sup>698</sup>.

##### **4.1 Contextualización de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua**

En primer lugar, es necesario destacar la especificidad de la zona contigua como espacio marítimo. En ella, el Estado ribereño no extiende su soberanía como si de una prolongación del territorio se tratara, como sí sucede en el mar territorial, sino que únicamente conserva determinados derechos soberanos cuyo ejercicio se vincula a una concreta finalidad. Ello, unido a que las consecuencias jurídicas para las personas objeto

---

<sup>698</sup> Recordemos que el artículo 8.5 del Reglamento (UE) n.º 515/2014 por el que se establece el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores (...) dispone que «A efectos de la distribución de recursos en virtud del apartado 1 (...) la expresión “fronteras exteriores marítimas” significará (...) en los casos en que se requiera llevar a cabo periódicamente operaciones de largo alcance para impedir cruces de fronteras no autorizados, (...) *el límite exterior de las zonas sometidas a una amenaza importante*. Este límite exterior se determinará teniendo en cuenta los datos correspondientes a dichas operaciones en el período 2014-2016 que faciliten los Estados miembros de que se trate».

de vigilancia en la zona contigua son muy similares a las que se producirían si estuvieran en alta mar o en el mar territorial de un tercer estado, nos permite considerar que las operaciones de interceptación llevadas a cabo en este espacio tienen una naturaleza extraterritorial.

Una vez confirmadas las sospechas de que un buque detectado en la zona contigua de un Estado miembro pretende desembarcar irregularmente a los migrantes que viajan en él en su territorio, la medida de interceptación más habitual llevada a cabo por las autoridades encargadas de la vigilancia de las fronteras marítimas del Estado ribereño es la denegación de acceso o bloqueo del citado buque. La preferencia por esta medida se debe, principalmente, a que otras medidas como el apresamiento del buque o la aprehensión de las personas a bordo para conducirlos a un puerto del Estado ribereño tendría como consecuencia la tramitación de los procedimientos de retorno de los inmigrantes irregulares a bordo (con la dificultad que su ejecución supone en muchas ocasiones) y las solicitudes de asilo de aquellos que precisaran protección internacional<sup>699</sup>. Como ya hemos apuntado anteriormente, dado que esta es la consecuencia que se pretende evitar, se opta por otras medidas de interceptación que, como veremos a continuación, caen fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno y de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo.

Al contrario que en el caso de la expulsión de un buque del mar territorial, en este supuesto aún no se ha producido el cruce irregular de la frontera exterior marítima (situada en el límite exterior del mar territorial), por lo que la coacción directa ejercida por las autoridades nacionales sobre el buque en cuestión constituye una medida de interceptación de naturaleza preventiva y no correctiva. En concreto, su finalidad es evitar el peligro inminente que para los bienes jurídicos protegidos por el CFS 2016 supondría la consumación del intento de cruce irregular de la frontera marítima exterior<sup>700</sup>.

---

<sup>699</sup> Por ello esta es la misma medida que se adopta con las ONG que rescatan migrantes en aguas internacionales, situación que se analizará en el siguiente capítulo, al constituir una modalidad de «salvamento».

<sup>700</sup> Dado que los títulos habilitantes de las potestades administrativas que permiten adoptar medidas de interceptación ya fueron analizados en el Capítulo III, siguiendo la metodología empleada en relación con la medida de expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro, en esta sede nos limitamos a reproducir algunos de los preceptos que pueden habilitar la adopción de la medida que es objeto de análisis:

- Artículo 13.1 CFS 2016: «La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal *impedir el cruce no autorizado de la frontera*, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente».



4.2 La compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro con la Directiva Retorno.

Siguiendo la metodología empleada hasta el momento, es necesario determinar si la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro es una ejecución del artículo 13 CFS 2016 compatible con la Directiva Retorno. Al contrario del contexto en el que se producían el rechazo en la frontera terrestre regulado en la DA 10ª LOEx y la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro, en este caso la medida de interceptación se lleva a cabo antes de que el migrante haya cruzado irregularmente la frontera. Como consecuencia, lo primero que es necesario dilucidar es si en estos casos rigen las garantías previstas en la Directiva Retorno, pues recordemos que la misma resulta de aplicación «a los nacionales de terceros países en situación irregular *en el territorio de un Estado miembro*» (artículo 2.1 Directiva Retorno).

Recordemos también que, respecto a los no solicitantes de protección internacional detectados en el mar territorial, se concluyó que sí era aplicable la Directiva Retorno, pero, al mismo tiempo, la propia norma permitía su inaplicación parcial por tratarse de un «caso fronterizo» (artículo 2.2 Directiva Retorno). Dicha inaplicación parcial permitía que las garantías que debía observar el Estado miembro interceptor se limitaran a las reconocidas en el artículo 4.4 de la Directiva, siempre que tal inaplicación se hubiera previsto específicamente en el derecho interno.

- 
- Artículo 35 Ley 14/2014 de Navegación Marítima (española): «1. Siempre que la Administración pública competente tenga conocimiento de que un buque extranjero situado en la zona contigua ha infringido, está infringiendo o se propone infringir las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 23, tendrá derecho a interceptarlo, solicitar la información o realizar la inspección apropiada. 2. *En caso necesario podrá adoptar las demás medidas que sean necesarias y proporcionales para prevenir o sancionar la infracción*, incluida la detención y conducción a puerto».
  - Artículo 12.9 bis TUSM: «*La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti*, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato».
- Así mismo «*Su conformi direttive della Direzione centrale le unità navali di cui al presente decreto procedono, ove ne ricorrano i presupposti, all'effettuazione dell'inchiesta di bandiera, alla visita a bordo, qualora sussista un'adeguata cornice di sicurezza*, ed al fermo delle navi sospettate di essere utilizzate nel trasporto di migranti clandestini, anche al fine di un loro possibile rinvio nei porti di provenienza» (Artículo 7.2 Decreto del Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003, Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina).

La situación ahora es bien distinta, puesto que existen importantes dudas sobre si se puede entender que los migrantes irregulares interceptados en la zona contigua han sido detectados «*con ocasión* del cruce irregular de las fronteras exteriores marítimas» (casos fronterizos). En efecto, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que podría comprender tanto a aquellos que pretendan cruzar irregularmente la frontera, como a aquellos que estén cruzando irregularmente la frontera o a aquellos que lo acaben de hacer. La lógica permite deducir que un buque que transporta migrantes irregulares y que es detectado en la zona contigua de un Estado podría disponerse a entrar en su mar territorial y atravesarlo para desembarcar a las personas a bordo. Es decir, tal y como establece el Manual de Retorno, «hay una conexión DIRECTA con el acto del cruce irregular de las fronteras»<sup>701</sup>. No obstante, el hecho de que los sujetos a los que resulta de aplicación la Directiva Retorno sean «los nacionales de terceros países en situación irregular *en* el territorio de un Estado miembro», obliga a concluir que no les resultaría de aplicación la Directiva en tanto que los migrantes detectados en la zona contigua no entran en la situación descrita por la norma. Así se deduce también, *contrario sensu*, del Manual de Retorno cuando establece que, respecto a aquellos casos en los que, como consecuencia de la denegación de entrada, «la persona no se encuentra presente físicamente en el territorio de un Estado miembro [como en nuestro caso, que se encuentra en la zona contigua] (...), el artículo 4, apartado 4 no es de aplicación»<sup>702</sup>, excepto en lo que atañe al principio/derecho de no devolución, que se configura como un derecho absoluto<sup>703</sup>. De lo anterior se deduce que los casos como el analizado en los que hay una denegación de entrada antes de llegar a la frontera exterior ni siquiera entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva Retorno ni, por derivación, en el ámbito de las regulaciones nacionales en materia de extranjería<sup>704</sup>.

No obstante, en lo que respecta al principio de no devolución, es una garantía que, por considerarse de carácter absoluto, se mantiene con independencia de que la medida en cuestión caiga fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno. Como ya hemos

---

<sup>701</sup> Manual de Retorno, cit. p. 95.

<sup>702</sup> Manual de Retorno, cit. p. 97.

<sup>703</sup> Reitera el Manual de Retorno, cit., p. 97, que «El respeto al principio de no devolución, reconocido en el artículo 4, apartado 4, letra b), de la Directiva relativa al retorno, y consagrado en el artículo 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), así como en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...), es un derecho absoluto y no se debe restringir sean cuales sean las circunstancias (...)».

<sup>704</sup> Esta situación, como veremos con posterioridad, se repite en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados cuando, en virtud de acuerdos bilaterales, los Estados miembros realizan operaciones de vigilancia extraterritoriales.

destacado con anterioridad, el mismo viene reconocido explícitamente en el artículo 19.2 CDFUE y, de conformidad el artículo 4 CFS 2016, «En la aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros actuarán dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión aplicable, *incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (...)». Como consecuencia, en la medida en que la denegación de acceso o bloqueo sea una actividad administrativa realizada en ejecución del artículo 13 CFS 2016, y con independencia de que se lleve a cabo extraterritorialmente (en la zona contigua), el artículo 19.2 CDFUE resultaría de aplicación. No obstante, conviene exponer sucintamente la jurisprudencia del TJUE en relación con la aplicación extraterritorial de la CDFUE.

La única ocasión en la que directamente se ha valorado la aplicación extraterritorial de la CDFUE ha sido en el asunto *Frente Polisario c. Consejo*, de 10 de diciembre de 2015, y en su sentencia de casación<sup>705</sup>. En los hechos, el Frente Polisario solicitó la anulación de la Decisión del Consejo que regulaba el Acuerdo UE-Marruecos de 2010 sobre medidas recíprocas de liberación del comercio de producto agrícolas y productos de la pesca, en el entendimiento de que dicho Acuerdo había provocado la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental, vulnerando los derechos de sus habitantes. En definitiva, se acusaba a la Unión Europea de que, al fomentar la exportación por parte de Marruecos de productos del Sahara Occidental, había provocado la vulneración de derechos fundamentales de su población. El Tribunal General consideró que, dado que el Consejo había fallado en su apreciación de los riesgos derivados de la firma del Acuerdo y no había obtenido el compromiso de Marruecos de no explotar dichas tierras, el contenido sustancial de la Decisión que regulaba el Acuerdo UE-Marruecos debía ser anulado (ap. 247)<sup>706</sup>.

---

<sup>705</sup> Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2015, *Frente Polisario c. Consejo*, as. T-512/12 anulada en casación por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Consejo c. Frente Polisario*, as. C-104/16, por los motivos que se expondrán en texto a continuación.

<sup>706</sup> En concreto, y de conformidad con la Sentencia, el Consejo habría debido examinar, «detenidamente y con imparcialidad, todos los elementos relevantes para garantizar que las actividades de producción de los productos destinados a la exportación no se lleven a cabo en detrimento de la población del territorio en cuestión ni impliquen violaciones de sus derechos fundamentales incluyendo, en particular, los derechos a la dignidad humana, a la vida y a la integridad de la persona (artículos 1 a 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales), la libertad profesional (artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales), la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales), el derecho a la propiedad (artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales), el derecho a las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (artículos 31 y 32 de la Carta de los Derechos Fundamentales)» (ap. 228).

Un año después, en respuesta al recurso de casación interpuesto por el Consejo, el TJUE anuló la sentencia del TG por falta de legitimación procesal del Frente Polisario, pero sin entrar a valorar la aplicación extraterritorial de la CDFUE. A pesar de ello, el Abogado General Melchior WATHELET, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, sí que apuntó en sus conclusiones que la CDFUE podía aplicarse extraterritorialmente, aunque dicha aplicación estaba supeditada a la existencia de un control efectivo de la Unión Europea o sus Estados miembros sobre dicho territorio<sup>707</sup>. Pese a dicha interpretación del Abogado General, y a falta de un pronunciamiento del TJUE sobre la extraterritorialidad de la CDFUE, mantenemos que esta última es aplicable extraterritorialmente por dos motivos.

En primer lugar, porque existe jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación extraterritorial del acervo de la Unión en otros sectores como el mercado interior. Sirva como ejemplo el caso *Boukhalfa*, en el que una nacional belga empleada como personal de la embajada alemana en Argelia denunció que el hecho de que su contrato se rigiera por el derecho argelino, en lugar del alemán (como sucedía con el resto de trabajadores alemanes de la embajada), suponía una discriminación por razón de nacionalidad contraria a los Tratados<sup>708</sup>. En contra del argumento del Gobierno alemán, según el cual las normas del mercado interior no eran aplicables extraterritorialmente de acuerdo con los artículos 52 TUE y 355 TFUE, el TJUE afirmó que la prohibición de no discriminación resultaba aplicable, ya que «la aplicación territorial de los Tratados como viene definida en estos artículos (...) no impide, sin embargo, que las normas de la comunidad tengan efectos fuera del territorio de la Comunidad» (ap. 15). Concretamente, puntualizaba que «las disposiciones de Derecho comunitario pueden aplicarse a las actividades profesionales ejercidas fuera del territorio de la Comunidad cuando la relación laboral posee un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio de la Comunidad» (ap. 15). Extrapolando la jurisprudencia anterior a este trabajo, parece poco cuestionable que la vigilancia de las fronteras exteriores de la Unión Europea, independientemente de dónde se produzca, «posee un vínculo de conexión

---

<sup>707</sup> Conclusiones del Abogado General WATHELET de 13 de septiembre de 2016, *Consejo c. Frente Polisario*, as. C-104/16 P, ap. 272.

<sup>708</sup> La STJUE de 30 de abril de 1996 *Boukhalfa c. Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-214/94, es el resultado de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán tras el recurso interpuesto por la señora Ingrid BOUKHALFA, quien solicitaba, como se ha indicado en texto, que su relación laboral se rigiera por el derecho alemán, como la de los empleados alemanes de la embajada, y no por el derecho argelino, ya que esta circunstancia suponía una discriminación por razones de nacionalidad contraria a los Tratados.

suficientemente estrecho con el territorio de la Comunidad», esencialmente porque lo que se pretende con esta actividad es evitar que las personas lleguen al territorio de la Unión Europea de forma irregular.

En segundo lugar, como se destacó en el Capítulo III, del artículo 51 CDFUE y de la jurisprudencia del TJUE en *Åkerberg Fransson* se desprende que la CDFUE será aplicable cada vez que los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión<sup>709</sup>. En lo que concierne a las actividades de interceptación desarrolladas en la zona contigua, objeto de estudio en este epígrafe, no cabe duda de que las mismas son realizadas por los Estados miembros en aplicación del artículo 13 CFS 2016, es decir, en aplicación del Derecho de la Unión. Por lo tanto, no solo el principio de no devolución, sino también las demás garantías contenidas en la CDFUE aplicables al ámbito de la vigilancia, como la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 19.1 CDFUE) y el derecho a un recurso efectivo (artículo 47 CDFUE), resultarían plenamente aplicables en el mismo sentido otorgado por el TEDH a los preceptos homólogos del CEDH.

De esta forma cabe concluir, por un lado, que a las actividades de vigilancia desarrolladas por los Estados miembros en sus zonas contiguas no les resultan de aplicación las garantías previstas en la Directiva Retorno, pues así lo establece la propia Directiva; pero, por otro lado, estas actividades sí están sometidas, al menos, a la CDFUE, en tanto constituyen actividades de los Estados desarrolladas en ejecución del Derecho de la Unión (artículo 13 CFS 2016). Como sostiene HESCHL, parece que la ausencia de una referencia explícita a una vinculación territorial como requisito para la aplicación de la Carta descarta la idea de que esta no pueda ser aplicada fuera del territorio de la Unión Europea solo por este hecho<sup>710</sup>.

---

<sup>709</sup> En virtud del artículo 51.1 CDFUE, «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, *así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias». En suma, «la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta», STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*, as. 617/10, ap. 21.

<sup>710</sup> Lisa HESCHL, *Protecting the rights of refugees beyond European Borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 189.

4.3 La compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo.

Al contrario de lo que sucedía en relación con el rechazo en la frontera terrestre regulado en la DA 10ª LOEx y con la expulsión del mar territorial de un buque, la Directiva sobre Procedimientos de Asilo tampoco resulta de aplicación a las medidas de interceptación consistentes en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro, pues el artículo 3 de la mencionada norma no incluye expresamente la zona contigua en su ámbito de aplicación (como sí hace, por ejemplo, con las aguas territoriales)<sup>711</sup>.

Tal inaplicación no existiría si, como se señaló en el Capítulo III, en lugar de estar ante una actividad de vigilancia extraterritorial, nos encontráramos ante una actividad de inspección fronteriza extraterritorial. Conforme al punto 3.1.1 del Anexo VI del CFS 2016 «(...) los Estados miembros podrán celebrar acuerdos con arreglo a los cuales las inspecciones podrán efectuarse asimismo durante el trayecto que realice el buque (...) respetando los principios establecidos en el punto 1.1.4». Entre dichos principios se encuentra el de protección internacional, respecto al cual se establece que «a un nacional de un tercer país que haya sido sometido a un control de salida por los agentes de la guardia de fronteras del tercer país y solicite posteriormente protección internacional a los agentes de la guardia de fronteras de un Estado miembro presentes en el tercer país, se le dará acceso a los trámites pertinentes de los Estados miembros de conformidad con el acervo de la Unión en materia de asilo». El hecho de que en el CFS 2016 se hayan contemplado únicamente las inspecciones extraterritoriales, no la vigilancia extraterritorial, impide que los solicitantes de protección internacional interceptados durante su trayecto por mar hacia la Unión Europea puedan acogerse a las garantías

---

<sup>711</sup> Como se anticipó en el Capítulo III, dicha inaplicación fue confirmada por la Comisión Europea cuando el 15 de julio de 2009 el Comisario y Vicepresidente, Jacques BARROT, respondió a una solicitud de dictamen jurídico acerca de la «devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes», solicitada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo. Según BARROT «este acervo [en materia de asilo], incluida la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, es aplicable únicamente a aquellas solicitudes de asilo formuladas en el territorio de Estados miembros, lo cual incluye fronteras, áreas de tránsito y, en el contexto de fronteras marítimas, las aguas territoriales de los Estados miembros. Por consiguiente, desde una perspectiva jurídica, resulta evidente que el acervo comunitario en el ámbito del asilo no es aplicable a situaciones en alta mar [a nuestros efectos, más allá del mar territorial]» [Dictamen Jurídico de 15 de julio de 2009 del Vicepresidente de la Comisión Europea Jacques BARROT sobre la «devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes» (STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, ap. 34)].

previstas por el CFS 2016 que acabamos de analizar. En definitiva, la exclusión de la zona contigua del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo y la falta de regulación de la vigilancia extraterritorial en el CFS 2016 han provocado que los solicitantes de protección internacional interceptados en este espacio queden desamparados.

Como apuntamos en el Capítulo III, es pacífico que la vigilancia extraterritorial está implícitamente habilitada por el CFS 2016<sup>712</sup>. Pues bien, si los Estados miembros pueden ejecutar el acervo de la Unión en materia de control fronterizo en su zona contigua, lo lógico sería que los solicitantes de protección internacional interceptados en este espacio marítimo estuvieran protegidos por el acervo de la Unión en materia de asilo. No obstante, dado que la aplicación del CFS 2016 en la zona contigua no lleva aparejada la aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, las operaciones de vigilancia de los Estados miembros llevadas a cabo en este espacio que tengan como consecuencia denegar la entrada a su mar territorial sin tener en cuenta las necesidades de protección internacional de los migrantes a bordo no vulnerarían el Derecho de la Unión. Ni siquiera el artículo 18 CDFUE (Derecho de asilo), pues, como expusimos en el Capítulo III, coincidimos con la doctrina dominante que entiende que el citado precepto consagra un derecho de configuración legal, sin que quepa afirmar la existencia de un derecho subjetivo y autónomo al asilo contenido en la CDFUE. En consecuencia, toda vez que la normativa de desarrollo de este derecho excluye su aplicación extraterritorial, no cabe extender el artículo 18 CDFUE a situaciones acaecidas fuera del territorio de la Unión.

---

<sup>712</sup> Así lo entendió el Abogado General Paolo MENGOTZI, según el cual «a falta de una definición expresa, debe considerarse que la vigilancia de fronteras se extiende también a las operaciones efectuadas en alta mar, dado que únicamente tal interpretación, que por otra parte resulta compatible con las disposiciones aplicables de Derecho Internacional (...), permite garantizar la eficacia del artículo [13] CFS» (Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto *Parlamento c. Consejo*, C-355/10, ap. 50). En la misma línea se ha manifestado la Comisión hasta en dos ocasiones. En primer lugar, cuando apuntó que «ninguna de las disposiciones del CFS excluye la aplicación de este último en las operaciones de vigilancia en aguas internacionales» (Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto *Parlamento c. Consejo*, C-355/10, ap. 53) y, en segundo lugar, cuando argumentó que «las actividades de vigilancia fronteriza llevadas a cabo en el mar, ya sea en aguas territoriales, su zona contigua, la zona económica exclusiva o en alta mar, entran dentro del ámbito de aplicación del CFS» [Dictamen Jurídico de 15 de julio de 2009 del Vice-Presidente de la Comisión Europea, Jacques BARROT, sobre la «devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes» (STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, ap. 34)]. En concreto, consideró que las actividades de policía de fronteras consistentes en evitar que unos individuos atraviesen de manera no autorizada la frontera marítima exterior se corresponden con la noción de «vigilancia fronteriza» del artículo 13 CFS 2016.

4.4 La compatibilidad de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro con el CEDH.

4.4.1 La aplicabilidad del CEDH a actuaciones extraterritoriales de los Estados parte

En el caso de la medida de interceptación consistente en la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua de un Estado miembro, la aplicabilidad del CEDH no es tan evidente como en los supuestos analizados en los epígrafes anteriores, pues, al contrario que en el rechazo en la frontera terrestre regulado en la DA 10ª LOEx o en la expulsión de un buque del mar territorial de un Estado miembro, nos encontramos ante un supuesto de aplicación extraterritorial del Convenio.

De la abundante jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación del CEDH se puede extraer que, con carácter general, este se aplica a las actuaciones de los Estados firmantes en las que existe un ejercicio de jurisdicción territorial y que, solo en determinadas ocasiones, se considera que las actuaciones extraterritoriales implican el ejercicio de verdadera jurisdicción del Estado parte y, en consecuencia, arrastran la aplicación del Convenio<sup>713</sup>. Una de esas situaciones excepcionales en las que se puede considerar que un determinado Estado está ejerciendo jurisdicción extraterritorial es cuando a este último, a través de un determinado instrumento jurídico, se le han reconocido ciertas potestades de actuación fuera de su territorio. Como señala acertadamente NERI, dado que la CNUDM permite a los Estados parte llevar a cabo medidas de fiscalización para prevenir y sancionar el incumplimiento de sus leyes migratorias en su zona contigua (artículo 33.1), aquellos deben considerarse responsables de las consecuencias derivadas del ejercicio de esas potestades<sup>714</sup>. En el mismo sentido, KIRCHNER, GELER-NOVH y

---

<sup>713</sup> Así lo reconoció el TEDH en la Decisión de admisibilidad *Bankovic y otros c. Bélgica y otros* de 12 de diciembre de 2001, as. 52207/99, en la que afirmó que el significado ordinario del término jurisdicción del artículo 1 CEDH, desde el punto de vista del Derecho Internacional, es principalmente territorial (ap. 59). No obstante, aclaró que determinados actos llevados a cabo o que produzcan efectos fuera del territorio también pueden constituir un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH (ap. 67).

Sobre la aplicabilidad extraterritorial del CEDH *vid.*, entre otros, Lucius CAFLISCH, «Attribution, Responsibility and Jurisdiction in International Human Rights Law», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (ACDI), 2017, n.º 10, pp. 161-203; Pasquale DE SENA, «The Notion of “Contracting Parties” Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR», *Italian Yearbook of International Law* 2010, Martinus Nijhoff, Boston, 2011, pp. 75-79; Samantha BESSON, «The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to», *Leiden Journal of International Law*, n.º 25, 2012, pp. 857-884; Marko MILANOVIC, «Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court», en Anne VAN AAKEN, and , Iulia MOTOC (Eds.), *The ECHR and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>714</sup> Kiara NERI, «The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea» in Gemma ANDREONE (Ed.) *Jurisdiction and control at sea. Some environmental and*



FRESSE afirman que «si un Estado ribereño ejecuta la legislación migratoria en la zona contigua (...) el destinatario de la aplicación cae bajo la jurisdicción del artículo 1 CEDH»<sup>715</sup>.

Estos razonamientos descansan en la idea de que allá donde exista un ejercicio de derechos soberanos jurídicamente reconocidos, existe un ejercicio de jurisdicción<sup>716</sup>. Pocas dudas caben sobre lo acertado de este argumento cuando artículos como el 8.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPEMM) reconocen que «son zonas en las que España *ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción*, además de las aguas interiores marítimas, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva». La misma conclusión puede extraerse de la propia jurisprudencia del TEDH en resoluciones tales como la STEDH *Geert Drieman y otros c. Noruega* de 4 de mayo de 2000<sup>717</sup>. En la misma, el Tribunal interpretó que la aplicación de las leyes noruegas para sancionar a unos activistas de *Greenpeace* que trataban de impedir la caza de ballenas en su zona económica exclusiva constituía un ejercicio de jurisdicción<sup>718</sup>.

#### 4.4.2 La discutida aplicación del principio de no devolución (artículo 3 CEDH)

Confirmada la aplicabilidad del CEDH, algunos autores sostienen que denegar la entrada al mar territorial o desviar a alta mar a un barco donde viajan refugiados supondría una vulneración del principio de no devolución en su modalidad de rechazo en frontera<sup>719</sup>.

---

*security issues*, Giannini Editore, 2014, p. 162, considera que a las actuaciones llevadas a cabo por los Estados en una zona donde el Estado tenga jurisdicción para hacer cumplir su ley les resulta aplicable el CEDH porque entran en el concepto de jurisdicción del artículo 1 CEDH.

<sup>715</sup> Stefan KIRCHNER, Katarzyna GELER-NOCH, y Vanessa FRESSE, «Coastal State Obligations in the Context of Refugees at sea under the European Convention of Human Rights», *Ocean and Coastal Law Journal*, Vol. 20, n.º 1, 2015, p. 81.

<sup>716</sup> Kiara NERI, «The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea», cit., p. 156.

<sup>717</sup> Decisión de admisibilidad *Geert Drieman y otros c. Noruega*, de 4 de mayo de 2000, as. 33678/96.

<sup>718</sup> Recordemos que sobre la ZEE el Estado ribereño tiene «Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos (...)» (artículo 56 CNUDM).

<sup>719</sup> Entre otros, Seline TREVISANUT, «The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of Asylum Protection» cit., pp. 121 y 122, y Stefan KIRCHNER, Katarzyna GELER-NOCH y Vanessa FRESSE, «Coastal State Obligations in the Context of Refugees at sea under the European Convention of Human Rights», cit. p. 80.

Pese a que hasta el momento hemos utilizado el término «rechazo en frontera» para referirnos a las devoluciones en caliente realizadas en la valla de Melilla (porque la propia DA 10ª LOEx denomina así a esta actuación), en el Derecho Internacional el rechazo en frontera se suele identificar con las órdenes policiales de no admisión, no con la coacción directa ejercida sobre una persona que ya se encuentra

Esta postura doctrinal parte de dos premisas: la primera, que el artículo 3 CEDH es aplicable a las denegaciones de entrada o rechazos en la frontera de los nacionales de terceros Estados; la segunda, que el artículo 3 CEDH es aplicable extraterritorialmente.

La primera premisa despierta menos dudas, pues, como sostiene DEN HEIJER, esta modalidad de devolución fue expresamente reconocida en los borradores de la Convención de 1951, que hacía referencia a que la práctica de «*refouler*» (desconocida para los países de habla no inglesa) consistía en órdenes policiales de no admisión<sup>720</sup>. No obstante, hay que volver a tener en cuenta que, al igual que sucedía en relación con la medida de interceptación consistente en la expulsión del mar territorial, «denegar la entrada o el retorno forzado a alta mar no es algo necesariamente contrario a la prohibición de devolución, [pues] para ello se requiere que la persona sea expuesta a riesgo o maltrato»<sup>721</sup>. En el mismo sentido, O'BRIEN destaca la necesidad de distinguir entre el principio de no devolución y el rechazo en frontera: un Estado no estaría obligado a admitir a todo aquel que se presente en su frontera<sup>722</sup>, el contenido del principio de no devolución lo que prohibiría a los Estados sería devolver a los refugiados a las fronteras de un país donde su vida o libertad corran peligro<sup>723</sup>. El hecho de que se deniegue la entrada al mar territorial no implica necesariamente que el inmigrante sea expuesto a riesgo o maltrato.

En cuanto a la aplicación extraterritorial del principio de no devolución, aunque la posición de ACNUR es que la prohibición de no devolución se aplica allá donde opere

---

materialmente en un determinado territorio. Con rigor mejorable, la doctrina internacionalista encuadra estas últimas actuaciones en el término «expulsión».

<sup>720</sup> Statements of Mr. Giraud (Secretariat) and Mr. Cuvelier of Belgium, UN Doc E/AC.32/SR.21 (2 February 1950), aps. 14-15; Statement of Mr. Cuvelier of Belgium, UN Doc. E/AC. 32/SR.20 (1 February 1950), ap. 47, *apud* Martin DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», cit. p.184.

<sup>721</sup> Martin DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», cit., p. 188.

<sup>722</sup> Señala Richard BARNES en «The international Law of the Sea and migration control», cit., p. 116, que el principio de no devolución no implica una obligación para el Estado de determinar el diagnóstico o condición de refugiado. Esto está ligado al derecho de asilo, que nace cuando la normativa en la materia es aplicable. Lo que demuestra la práctica de los Estados es que únicamente existe la obligación de determinar el estatus en la frontera o en sus territorios, aunque ello lleve a indeseables lagunas en la protección de los refugiados. Así lo demuestra el ámbito de aplicación de la Directiva Asilo, al que ya nos hemos referido en texto. En sentido contrario a BARNES, Mark PALLIS, en «Obligations of States towards asylum seeker at sea: interdictions and conflicts between legal regimes», *International Journal of Refugee Law*, n.º 14, 2002, p. 329, estima que cualquier interdicción o redirección de barcos debe considerarse una vulneración de la obligación de determinar el estatus de refugiado. Según este autor, los controles ejercidos en la zona contigua deben permitir a los solicitantes de protección internacional ser escuchados para determinar su estatus.

<sup>723</sup> O' BRIEN, «Refugees on the high seas: international refugee law solutions to a law of the sea problem», *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 730-731.

el Estado, incluyendo la frontera, alta mar o el territorio de otro Estado<sup>724</sup>, es necesario señalar que no hay una interpretación unánime al respecto ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En los años 80, a raíz de un acuerdo con Haití, EEUU ejecutó una política consistente en devolver a los haitianos que eran interceptados en alta mar por sus guardacostas<sup>725</sup>. Para el Tribunal Supremo de EEUU, utilizando una peculiar interpretación del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, tales actuaciones no vulneraban el principio de no devolución<sup>726</sup>. En virtud del mencionado artículo 33.1 «Ningún Estado contratante podrá, *por expulsión o devolución*, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Mientras que la «expulsión» generalmente es entendida como una medida contra la estancia irregular en un determinado país y, por tanto, no es aplicable a los casos de interceptación, el problema surge con las acepciones de la palabra «devolución». Según el Tribunal Supremo de EEUU, «devolver» tiene un sentido legal más estricto que el común. En concreto, dado que la palabra francesa «*refouler*» es comúnmente traducida como «repulsa» o «rechazo», el Tribunal entendió que la palabra «devolución» significaba un «acto defensivo de resistencia o exclusión en la frontera, más que un acto de transportar a alguien a un particular destino» (ap. 181). Por ello consideró que la Convención no se aplicaba extraterritorialmente, en alta mar, sino únicamente en la frontera.

Si bien efectivamente en el tenor literal del precepto el término «*refoulement*» se añadió a la medida de «expulsión» para incluir los rechazos en frontera, el problema del razonamiento del Tribunal Supremo de EEUU fue que restringió la aplicación de la medida «*refouler*» a las fronteras geopolíticas, ignorando o pretendiendo ignorar la

---

<sup>724</sup> ACNUR, «Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967», 26 de enero de 2007, ap. 43. Según el propio documento «el ACNUR preparó esta Opinión Consultiva en respuesta a una petición sobre su posición sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967».

<sup>725</sup> En septiembre de 1981, tras un acuerdo con Haití que permitía a EEUU la interceptación de buques que partieran de dicho país, el Presidente Ronald REAGAN adoptó una decisión ejecutiva autorizando la interceptación de buques haitianos «para prevenir la entrada de extranjeros indocumentados desde alta mar». Los instrumentos que dieron base legal a estas prácticas fueron un Canje de Notas entre el Embajador de EEUU en Haití y el Secretario de Asuntos Exteriores de Haití el 23 de septiembre de 1981; el *Haitian Migrant Interdiction Program*, establecido mediante la Proclamación 4865, y la Orden Ejecutiva 12324 del Presidente REAGAN, de 29 de septiembre de 1981.

<sup>726</sup> US Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council*, de 21 de junio de 1993.

existencia de fronteras operativas o deslocalizadas en alta mar. Como apunta DEN HEIJER, el hecho de que, hasta aquel momento, ningún país hubiera intentado detener refugiados más allá de sus fronteras no implicaba que el «*refoulement*» no se pudiera utilizar para describir esas prácticas<sup>727</sup>. La resolución fue muy criticada y considerada por ACNUR como «un paso atrás en el Derecho Internacional moderno de refugiados y un desafortunado ejemplo»<sup>728</sup>. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no siguió la resolución del Tribunal Supremo y concluyó que el artículo 33 de la Convención de Ginebra no tenía limitaciones extraterritoriales y que la interceptación de barcos haitianos por EEUU violaba la Convención<sup>729</sup>. Años más tarde, en 2004, la Cámara de los Lores de Reino Unido asumió también la interpretación del Tribunal Supremo de EEUU para evitar la aplicación del principio de no devolución a nacionales checos a los que los agentes de inmigración británicos desplazados en el aeropuerto de Praga habían denegado el embarque<sup>730</sup>.

Sin embargo, en línea con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el TEDH ha consolidado en su jurisprudencia la aplicación extraterritorial del principio de no devolución estableciendo que «(...) toda expulsión, extradición o cualquier otra medida destinada a expulsar a un extranjero [incluidas, como hemos expuesto, las órdenes policiales de no admisión] puede plantear dificultades desde la perspectiva del artículo 3, y, por lo tanto, suscitar la exigencia de responsabilidad, en virtud del Convenio, al Estado autor de la expulsión, siempre que se demuestre la existencia de motivos sustantivos para creer que el individuo en cuestión, si fuera expulsado, estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 en el país receptor» (STEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ap. 114). De hecho, en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* se condenó a Italia por vulnerar el mencionado precepto como consecuencia de la aplicación de la medida de interceptación consistente en devolver a Libia a un conjunto de migrantes detectados en alta mar.

---

<sup>727</sup> Martin DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», cit., p. 184.

<sup>728</sup> UNHCR EXCOM, «UN High Commissioner for Refugees Responds to US Supreme Court Decision in *Sale v Haitian Centers Council*», *International Legal Materials*, 32, 1993, p. 1215.

<sup>729</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 51/96, Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 de 13 de marzo de 1997. *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, 13 de marzo de 1997, as. 10.675, informe n.º 51/96.

<sup>730</sup> Cámara de los Lores, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, de 9 de diciembre de 2004, UKHL 55.

#### 4.4.3 La indubitada aplicación de la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH)

En lo que respecta a la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas, la primera cuestión que corresponde analizar es si las medidas de interceptación extraterritoriales son subsumibles dentro del término «expulsión» en el sentido del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH, toda vez que, en rigor, las personas sometidas a estas medidas no se encuentran en el territorio del Estado miembro. La primera vez que el TEDH se pronunció sobre esta cuestión fue en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. En su sentencia, tras interpretar que «la formulación del artículo 4 del Protocolo n.º 4 no supone, *per se*, un obstáculo a su aplicación extra-territorial» (ap. 173); que «la palabra “expulsión” debe ser interpretada “en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)» (ap. 174) y, lo más importante, que «si el artículo 4 del Protocolo n.º 4 fuera aplicable solamente a las expulsiones colectivas del territorio nacional de los Estados parte del Convenio, una parte importante de las tendencias migratorias contemporáneas quedarían fuera de su ámbito de aplicación» (ap. 177), concluyó que el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH resultaba aplicable extraterritorialmente.

Determinada la aplicabilidad extraterritorial del mencionado precepto, sobre el carácter colectivo o no de la expulsión en el caso de denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua nos remitimos a las reflexiones realizadas en relación con la expulsión del mar territorial. Esta remisión se debe a que las consideraciones relativas a la necesidad de realizar una valoración individualizada de las circunstancias y las demás garantías que conforman el contenido esencial del artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH son plenamente extrapolables a esta sede. Y la misma remisión cabe realizar en lo que respecta a la vulneración del derecho a un recurso efectivo reconocido en el artículo 13 CEDH.

Independientemente de que las concretas circunstancias fácticas del caso determinaran o no la vulneración del CEDH, lo cierto es que los solicitantes de protección internacional a los que se les hubiera denegado la entrada al mar territorial sin una consideración individualizada de sus circunstancias podrían encontrar en el CEDH el amparo que les niega el derecho derivado de la Unión Europea (por ejemplo, mediante la observancia del principio de no devolución o la prohibición de expulsiones colectivas).

Ello se produce gracias a que el Convenio, como hemos visto, no delimita su ámbito de aplicación en virtud de criterios geográficos, a diferencia de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, sino en virtud del ejercicio de jurisdicción (artículo 1 CEDH).

## **5. LA VIGILANCIA MARÍTIMA EXTRATERRITORIAL: ALTA MAR Y EL MAR TERRITORIAL DE TERCEROS ESTADOS**

### **5.1 La necesidad de títulos habilitantes específicos para la adopción de medidas de interceptación en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados**

Como ha quedado dicho en el epígrafe 2.1 del presente Capítulo, al analizar la frontera marítima en el Derecho Internacional, en el caso de las operaciones de interceptación marítimas extraterritoriales, salvo en el caso especial de la zona contigua (donde los Estados conservan ciertos «derechos soberanos» para prevenir y sancionar el incumplimiento de sus leyes migratorias), las actuaciones de los Estados deben venir habilitadas por un título jurídico específico. No nos referimos a los títulos jurídicos por los que se atribuyen potestades a la Administración pública y analizados en el Capítulo III en relación con la reserva de ley o el principio de legalidad en materia de vigilancia, sino a aquellos instrumentos que permiten el ejercicio de las potestades inherentes a la actividad de vigilancia en espacios físicos (buques) o geográficos (mar territorial) sometidos a la jurisdicción de otro Estado.

En alta mar, los principios de libertad de navegación y de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón reservan a este último la posibilidad de interceptación de los buques que enarbolan su bandera, a excepción del derecho de visita (artículo 110 CNUDM). Sin embargo, entre los supuestos que dan lugar al derecho de visita no se incluye la sospecha de tráfico ilícito de migrantes, por lo que es necesario otro título habilitante distinto al derecho de visita para realizar actividades de control que impliquen el ejercicio de jurisdicción sobre ellos<sup>731</sup>. Como sabemos, la mencionada laguna ha sido colmada por el Protocolo de Palermo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000.

---

<sup>731</sup> Recordemos que únicamente existe derecho de visita respecto a buques sospechosos de tráfico de esclavos, piratería, realización de transmisiones de radio no autorizadas o que no tengan nacionalidad (artículo 110 CNUDM)

Este Protocolo, además de fomentar la cooperación entre los Estados para combatir y reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por mar (artículo 7), prevé un mecanismo de notificación y autorización entre el Estado ribereño y el Estado del pabellón para facilitar las actuaciones relativas a la vigilancia marítima (artículo 8)<sup>732</sup>. Es decir, ante un buque extranjero sospechoso de tráfico ilícito de migrantes, únicamente se podrán adoptar medidas de detección limitativas de derechos contra el mismo si se cuenta con la autorización del Estado del pabellón. Ello nos lleva a que, como apunta QUINDIMIL LÓPEZ, «las prerrogativas soberanas tradicionales se mant[engan] intactas», lo cual resulta poco operativo a los efectos del control eficaz de los buques dedicados al transporte masivo de migrantes irregulares por mar<sup>733</sup>. Para superar este escollo, el Protocolo sugiere la celebración de acuerdos bilaterales para incrementar las potestades de vigilancia y agilizar los sistemas de autorización [artículo 17.a)].

En relación con las operaciones de interceptación en el mar territorial de terceros Estados, debemos recordar que el artículo 2 CNUDM establece que «La soberanía del Estado ribereño se extiende (...) a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial». Por tanto, *a priori*, el Estado ribereño es el único que está habilitado por el Derecho Internacional para realizar controles fronterizos en su mar territorial. Digamos que tiene sobre él una jurisdicción exclusiva, sin perjuicio del derecho de paso inocente. No obstante, en línea con lo propugnado por el artículo 17.a) del Protocolo de Palermo, los Estados ribereños también pueden autorizar a otros Estados para que lleven a cabo actuaciones de vigilancia en espacios en los que aquellos tienen jurisdicción exclusiva. Es decir, de la misma forma en que el Estado del pabellón puede autorizar mediante un acuerdo bilateral a un tercer Estado para detectar e interceptar a los buques que enarbolaran su pabellón en alta mar, los Estados ribereños pueden emplear esos mismos acuerdos (u otros distintos) para autorizar a terceros Estados a llevar a cabo operaciones de detección e interceptación en su mar territorial. En definitiva, la finalidad de dichos

---

<sup>732</sup> De conformidad con el artículo 8.2 del Protocolo de Palermo «Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al Derecho Internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá notificarlo al Estado del pabellón, pedirle que confirme la matrícula y, si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Visitar el buque; b) Registrar el buque; y c) Si se hallan pruebas de que el buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, adoptar medidas apropiadas con respecto al buque, así como a las personas y a la carga que se encuentren a bordo, conforme le haya autorizado el Estado del pabellón».

<sup>733</sup> Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las fronteras marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 41, enero/abril 2012, p. 80.

acuerdos es permitir la vigilancia fronteriza en aquellos lugares donde la jurisdicción territorial no alcanza, como las aguas territoriales de terceros Estados (donde rige la jurisdicción del Estado ribereño) o alta mar (donde rige la jurisdicción del Estado del pabellón, a excepción de los buques sin nacionalidad).

De acuerdo con estas posibilidades ofrecidas por el Derecho Internacional, los Estados miembros de la frontera sur de la Unión Europea han concluido numerosos acuerdos bilaterales con los Estados de origen y tránsito de flujos migratorios. Este tipo de acuerdos son idóneos para, además de contener las llegadas de migrantes, impedir las salidas desde el Estado desde el que emprenden su viaje.

#### 5.1.1 Los acuerdos bilaterales de cooperación en materia migratoria entre España y terceros Estados

En el caso de España, la utilización de la vía convencional para contener la inmigración irregular ha venido representada por el «Plan África», el cual constituyó la respuesta del Gobierno de España a la llamada «crisis de los cayucos» de 2006 en las Islas Canarias<sup>734</sup>. Como acertadamente apunta MARINAI, dicha crisis fue el resultado de la mejora de las relaciones diplomáticas entre España y Marruecos a partir de 2005, lo cual provocó «una disminución del 40% de las llegadas desde Marruecos e impulsó a los migrantes a escoger, como nuevo punto de partida de su viaje, las costas de África occidental y, como destino elegido, las Islas Canarias»<sup>735</sup>. Como consecuencia, la política española en materia de inmigración tuvo que desplegar su actividad diplomática para lograr compromisos con los nuevos países de origen y tránsito de los migrantes subsaharianos<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> Para un estudio detallado de los mecanismos de cooperación con terceros Estados utilizados por España *vid.* Simone MARINAI, «The action of Greece and Spain against irregular migration by sea», cit. p. 43.

<sup>735</sup> Simone MARINAI, «The action of Greece and Spain against irregular migration by sea», cit., p. 40.

<sup>736</sup> Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho «ad referendum» en Banjul el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 310, de 28 de diciembre de 2006); Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho «ad referendum» en Conakry el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 26, de 30 de enero de 2007); Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho «ad referendum» en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE n.º 39, de 14 de febrero de 2008); Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho «ad referendum» en Bissau el 27 de enero de 2008 (BOE n.º 134, de 3 de junio de 2009); Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (BOE n.º 185, de 4 de agosto de 2003); Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008 (BOE n.º 160, de 3 de julio de 2008); Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y la República de Senegal sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho «ad referendum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE n.º 63, de 14 de marzo de 2009).



La redacción del contenido de los tratados internacionales firmados en el marco del «Plan África» es exactamente la misma en todos los casos, independientemente del Estado firmante. En concreto, el artículo 8 de cada uno de ellos recoge el compromiso de asistencia mutua entre las partes en relación con materias como el intercambio de información en materia de tráfico ilícito de personas, asistencia técnica, formación al personal consular y de inmigración, cooperación para el refuerzo de controles fronterizos o fortalecimiento de capacidades en la lucha contra la inmigración irregular. De la enumeración genérica de compromisos entre las partes que encontramos en el texto de los acuerdos internacionales citados y de su propia denominación se desprende que estos instrumentos constituyen meramente el marco sobre el que construir ulteriormente formas de cooperación operativa concretas. Efectivamente, los acuerdos marco del «Plan África» dieron lugar a otros instrumentos que regulaban los patrullajes conjuntos en aguas territoriales de dichos Estados llevados a cabo por la Guardia Civil y los guardacostas del Estado firmante. Concretamente, de acuerdo con el Informe «Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular»<sup>737</sup> se celebraron memorandos con tal finalidad con Cabo Verde<sup>738</sup>, Gambia<sup>739</sup>, Guinea Bissau<sup>740</sup>, Guinea<sup>741</sup>, Marruecos<sup>742</sup>, Mauritania<sup>743</sup> y Senegal<sup>744</sup>. No obstante, dada la ausencia de una obligación de publicación en diario

---

<sup>737</sup> Gobierno de España, Informe «Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular», diciembre de 2011 [Disponible en: [http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios\\_monograficos/ficheros/EMN-ES-Inmigracion-Irregular.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/ficheros/EMN-ES-Inmigracion-Irregular.pdf) (Consultado por última vez el 14/08/2020)].

<sup>738</sup> Declaración Conjunta de ministros de Exteriores 26 junio 2006; Memorando de Entendimiento (MoU) entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde, hecho en Madrid el 7 de marzo de 2007 y Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde de 21 de febrero de 2008.

<sup>739</sup> Acuerdo para la realización de patrullas mixtas en sus aguas jurisdiccionales y para la formación del personal gambiano por parte de la Guardia Civil de febrero de 2008 (validez indefinida).

<sup>740</sup> Memorando de colaboración sobre las condiciones de puesta en funcionamiento de patrullas conjuntas en el marco de la lucha contra la emigración clandestina por vía marítima a través de la aplicación del Programa Frontex de febrero de 2008 (validez indefinida).

<sup>741</sup> Memorando de colaboración sobre las condiciones de puesta en funcionamiento de patrullas conjuntas en el marco de la lucha contra la emigración clandestina por vía marítima a través de la aplicación del Programa Frontex de febrero de 2008 (validez indefinida).

<sup>742</sup> Memorando de colaboración para la realización de patrullas mixtas Guardia Civil-Gendarmería Real de Marruecos acordado en el acta de la segunda reunión del Grupo Migratorio Permanente Hispano-marroquí de 16 de enero de 2004.

<sup>743</sup> Memorando de colaboración para la realización de patrullas mixtas y formación de su personal firmado en agosto de 2006 y renovable por periodos de 6 meses y Memorando de colaboración para la extensión de las patrullas conjuntas a la frontera terrestre de 28 de marzo de 2014.

<sup>744</sup> Memorando de colaboración sobre las condiciones de puesta en funcionamiento de patrullas conjuntas en el marco de la lucha contra la emigración clandestina por vía marítima a través de la aplicación del Programa Frontex de septiembre de 2006, renovable cada 12 meses y Memorando de cooperación entre la Dirección General de la Policía Nacional y de la Guardia Civil y la Gendarmería Nacional de Senegal, firmado el 3 de noviembre de 2009.

oficial antes de la promulgación de la Ley 24/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante LTAI), su contenido no ha sido revelado. Pese a ello, en el caso de Cabo Verde, el originario Memorando adoptó posteriormente la forma de acuerdo internacional y fue publicado en el BOE, lo cual nos puede orientar para delimitar el contenido del resto de memorandos.

Por lo que respecta a las medidas de interceptación en alta mar, en el ámbito español no se ha hecho pública la existencia de acuerdos específicos con terceros Estados que habiliten tales actuaciones. Sin embargo, su falta de publicidad no implica su inexistencia (al menos, hasta 2014), dada la mencionada ausencia de una obligación de publicación en diario oficial antes de la promulgación de la LTAI. De hecho, según informes oficiales, dichos acuerdos existen y han quedado recogidos en memorandos de entendimiento o declaraciones conjuntas derivados de los acuerdos firmados con ocasión del «Plan África»<sup>745</sup>. Es más, es muy probable que los acuerdos que regulan los patrullajes conjuntos en el mar territorial de terceros Estados de origen o tránsito de flujos migratorios, antes citados, también contengan previsiones sobre autorizaciones de interceptación en alta mar.

#### 5.1.2 Los acuerdos bilaterales de cooperación en materia migratoria entre Italia y terceros Estados

---

<sup>745</sup> Según el Informe anual de políticas de inmigración y asilo en España para la Red Europea de Migraciones (año 2009), «España ha llevado a cabo contactos con países africanos clave con el fin de lograr una cooperación más estrecha en la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, basados en acuerdos de cooperación o memorandos de entendimiento de aplicación provisional» (p. 15) [Disponible en: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/annual-policy/2009/25b.\\_spain\\_national\\_annual\\_policy\\_report\\_2009\\_final\\_version\\_july10\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/annual-policy/2009/25b._spain_national_annual_policy_report_2009_final_version_july10_es.pdf) (Consultado por última vez el 24/08/2020)].

Italia también ha empleado la vía convencional con países de origen o tránsito de flujos migratorios como Albania<sup>746</sup>, Túnez<sup>747</sup> o Libia<sup>748</sup> para contener los flujos migratorios irregulares por vía marítima. Al contrario que en el caso español, los acuerdos italianos con terceros Estados cuyo contenido ha sido desvelado preveían tanto medidas de interceptación en las aguas jurisdiccionales de estos últimos como frente a los buques que enarbolaran su pabellón en alta mar.

El primer instrumento de esta naturaleza sobre el que se tiene constancia es el *Protocollo tra il Ministero della difesa della Repubblica italiana e il Ministero della difesa albanese di attuazione dello Scambio di lettere relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania de 2 de abril de 1997* (en adelante, Protocolo ítalo-albanés de 1997), el cual deriva del previo *Scambio di lettere tra i ministri degli affari esteri della Repubblica italiana e della Repubblica di Albania relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania de 25 de marzo de 1997* (en adelante, Canje de notas ítalo-albanés de 1997). Aunque el

---

<sup>746</sup> *Scambio di lettere tra i ministri degli affari esteri della Repubblica italiana e della Repubblica di Albania relativo alla collaborazione nella prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania* (Roma, 25 marzo 1997) [Disponible en: <http://178.255.72.227/9210376/index.php/10-parte-prima-norme/a-norme-internazionali/5-5-protocollo-tra-albania-e-italia-del-2-aprile-1997-di-attuazione-dello-scambio-di-lettere-del-25-marzo-1997-e-scambio-di-lettere-tra-il-governo-della-repubblica-italiana-e-il-governo-della-repubblica-di-albania-relativo-alla-collaborazione-per-la-prevenzione-degli-atti-illeciti-che-ledono-l-ordine-giuridico-nei-due-paesi-e-l-immediato-aiuto-umanitario-quando-e-messa-a-rischio-la-vita-di-colori-ch> (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

<sup>747</sup> En el caso de Túnez, se tiene constancia de la existencia de un Acuerdo técnico sobre cooperación entre los dos países contra la inmigración clandestina y para el reforzamiento de la colaboración entre las fuerzas de policía de ambos Estados de abril de 2011 (no publicado) [Información disponible en: [https://www.esteri.it/mae/it/sala\\_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406\\_accordo\\_italia\\_tunisia.html](https://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406_accordo_italia_tunisia.html) (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

<sup>748</sup> *Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e di sostanze psicotrope ed all'immigrazione clandestina*, de 13 de diciembre de 2000; *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista*, de 23 de octubre de 2008; Declaración de Tripoli de 21 de enero de 2017, a la que siguió el *Processo verbale della riunione tra il ministro dell'interno della Repubblica italiana ed il ministro dell'interno de la Libia de 3 de abril de 2012* (en adelante *Processo verbale*) y, por último, el *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, de 2 de febrero de 2017. Pese a que no es el más reciente, en la presente investigación nos centraremos en el análisis del primer acuerdo citado entre Italia y Libia (el del año 2000) y en sus Protocolos de aplicación, ya que, como se verá con posterioridad, son estos últimos los que con mayor grado de detalle han regulado la cooperación operativa entre Italia y Libia en materia de vigilancia fronteriza.

Protocollo italo-albanés de 1997 tuvo una vigencia muy limitada, constituye el mejor ejemplo que conocemos de título habilitante de medidas de interceptación en alta mar<sup>749</sup>. Además, sus previsiones supusieron un antecedente para la regulación general que posteriormente establecería el *Decreto Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, actualmente en vigor<sup>750</sup>.

En segundo lugar, por su relevancia en el contexto de la crisis migratoria, cabe mencionar el *Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e di sostanze psicotrope ed all'immigrazione clandestina* del año 2000<sup>751</sup>. Este último llevó a la firma de dos Protocolos en aplicación del mismo que regulaban tanto las autorizaciones para el abordaje de los barcos que enarbolaran pabellón libio en alta mar, como los patrullajes conjuntos italo-libios en aguas territoriales libias: *Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista* (en adelante, Protocolo de cooperación italo-libio) y, derivado del anterior, *el Protocollo Aggiuntivo Tecnico-Operativo al Protocollo di Cooperazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria*

---

<sup>749</sup> Tal y como se expuso en el Capítulo III, en virtud del artículo 4 del Protocolo de 1997 «*Le attività di inchiesta di bandiera, fermo, visita e dirottamento, si svolgeranno secondo le seguenti modalità:*

(a) *Inchiesta di bandiera consistente nella richiesta di informazioni all'unità interessata, circa la sua nazionalità e quella del personale trasportato, la sua provenienza e destinazione. La richiesta è effettuata mediante l'impiego degli appropriati sistemi radio ricetrasmittenti in frequenza VHF. In mancanza di collegamento radio, la stessa richiesta è rivolta con mezzi acustici (megafoni/altoparlanti) avvicinandosi opportunamente all'unità da interrogare.*

(b) *Fermo: all'unità interessata potrà essere ordinato, con le stesse modalità di cui al precedente punto a., il fermo (o l'assunzione di rotta e velocità adeguata) al fine di consentire l'invio a bordo, a mezzo di battello pneumatico o motobarca, di una squadra ispettiva armata agli ordini di un Ufficiale per la verifica dei dati comunicati e della eventuale presenza a bordo di persone di cui al punto 1., tenendo anche conto delle informazioni eventualmente disponibili, fornite dalle Capitanerie albanesi.*

(c) *Visita: quando l'unità interessata si sarà fermata o avrà assunto la rotta e la velocità ordinata, la squadra ispettiva anzidetta salirà a bordo per compiere i necessari accertamenti documentali ed ispettivi al fine di verificare il suo eventuale coinvolgimento nel flusso di persone di cui al punto 1.*

(d) *Dirottamento: nel caso in cui l'unità rifiutasse la visita o la verifica a bordo rivelasse irregolarità, alla stessa sarà ordinato il rientro in un porto albanese. Qualora la medesima non ottemperi a quanto intimato, l'unità sarà scortata fino al limite delle acque territoriali italiane per essere consegnata alle competenti autorità di polizia per i successivi adempimenti di legge e quindi per la eventuale adozione di provvedimenti di sequestro, arresto e/o rimpatrio».*

<sup>750</sup> Recordemos que este último, en su artículo 7.2, permite que «*l'inchiesta di bandiera, [la] visita a bordo, qualora sussista un'adeguata cornice di sicurezza, ed [il] fermo delle navi sospettate di essere utilizzate nel trasporto di migranti clandestini*» puedan realizarse «*anche al fine di un loro possibile rinvio nei porti di provenienza*».

<sup>751</sup> *Supplemento ordinario alla Gazzeta Ufficiale de 15.05.2003. Serie generale n.º 111.*

*Araba Libica Popolare Socialista per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina* (en adelante, *Potocollo Aggiuntvo Tecnico-Operatvo*), ambos de 29 de diciembre de 2007<sup>752</sup>. A su vez, como se comprobará con posterioridad, este último dio lugar a un *Protocollo* no publicado, firmado el 4 de febrero de 2009 por el entonces Ministro del Interior Roberto MARONI, en Trípoli.

### 5.1.3 Excurso sobre la clasificación de los acuerdos internacionales y sus respectivos regímenes jurídicos

Aunque el contenido de los instrumentos de naturaleza convencional enumerados en el epígrafe anterior será analizado con posterioridad, dada la gran variedad de nombres que reciben dependiendo de los Estados parte, del momento de la firma o, incluso, del capricho de las autoridades firmantes, conviene clasificarlos conforme a las categorías propias de los acuerdos internacionales. Ello permitirá delimitar las garantías aplicables a las medidas de interceptación que regulan con mayor facilidad. Dada su idoneidad a estos efectos, para dicha clasificación utilizaremos la ya mencionada Ley 24/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTAI), la cual distingue, a los efectos del ordenamiento jurídico español, entre (a) Tratados internacionales, (b) Acuerdos internacionales administrativos y (c) Acuerdos internacionales no normativos o memorandos de entendimiento.

#### *a) Los Tratados Internacionales*

De acuerdo con el artículo 2.b) LTAI los tratados internacionales son acuerdos celebrados por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional. Se rigen por el Derecho Internacional, resultando indiferente la denominación concreta que reciban y si se formalizan en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos (por ejemplo, mediante un Canje de notas). Pese a que lo normal es que únicamente creen obligaciones y derechos para los Estados, en ocasiones también pueden crear derechos directamente para los ciudadanos o contener atribuciones de potestades a las Administraciones públicas. Es decir, pueden tener efecto directo o *self-executing*<sup>753</sup>.

---

<sup>752</sup> El primero fue firmado por el Ministro del Interior Italiano (Giuliano AMATO) y el Secretario libio del Comité Popular General para la cooperación exterior e internacional (Abdurrahman Mohamed SHALGAM) y el segundo por el Jefe de la Policía y Director General de Seguridad Pública (Antonio MANGANELLI) y el Subsecretario del Comité Popular General de Seguridad Pública libio (Faraj Nasib ELQABAILI). Ninguno de los dos Acuerdos, derivados del mencionado acuerdo marco previo del año 2000, se publicó en la *Gazzeta Ufficiale*.

<sup>753</sup> Como apunta Antonio BUENO ARMILLO en «Lección 15: Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea», Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO (Dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo I Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 428,

En cuanto a su encaje en el ordenamiento jurídico nacional, conforme al artículo 96.1 CE «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno»<sup>754</sup>. Además, se situarán en la cúspide del mismo, únicamente sometidos a las normas de rango constitucional, tal y como dispone explícitamente el artículo 31 LTAI<sup>755</sup>. Dada esta circunstancia, en caso de conflicto con cualquier otra norma de derecho interno, todos los poderes públicos, incluida la Administración pública, deben inaplicar esta última<sup>756</sup>.

Por su parte, en caso de existencia de un conflicto entre un tratado internacional firmado por el Reino de España y una norma de Derecho de la Unión, prevalecería esta última y el primero debería ser inaplicable, sin perjuicio de la responsabilidad internacional en la que pudiera incurrir el Reino de España. Como se ha indicado, una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado, los tratados internacionales pasan a ser una norma más del ordenamiento jurídico interno (artículo 96.1 CE). Dado que el principio de primacía del Derecho de la Unión es extensible incluso a las normas de rango constitucional<sup>757</sup>, *a fortiori* se deduce que este rige también en caso de conflicto con los tratados internacionales (como hemos dicho, sometidos a la Constitución).

#### *b) Los Acuerdos internacionales administrativos*

En virtud del artículo 2.b) LTAI los acuerdos internacionales administrativos son acuerdos de carácter internacional no constitutivos de tratados que son celebrados por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón

---

pese a que el artículo 30.1 LTAI parezca asumir que esta es la regla general, estos supuestos constituyen una excepción ya que «lo habitual será que los Tratados necesiten un desarrollo normativo posterior para poder ser aplicables y exigibles frente a la Administración, dado que el efecto directo no rige, con carácter general, en los Tratados Internacionales».

<sup>754</sup> En este sentido, el artículo 23.1 LTAI dispone que «Los tratados internacionales válidamente celebrados se publicarán íntegramente en el “Boletín Oficial del Estado”. Dicha publicación habrá de producirse al tiempo de la entrada en vigor del tratado para España o antes, si se conociera fehacientemente la fecha de su entrada en vigor».

<sup>755</sup> De conformidad con el artículo 31 LTAI «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

<sup>756</sup> Así, de acuerdo con el artículo 29 LTAI «Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados».

<sup>757</sup> Conviene señalar las palabras del Tribunal de Justicia cuando en la Sentencia *San Michelle* (n.º 2) de 1965 señaló que «los principios de una estructura constitucional, [...] no podrían afectar a la validez de un acto de la Comunidad pues introducir criterios procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, atentaría contra la unidad material y la eficacia del Derecho Comunitario y tendría ineluctablemente por efecto quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad». En el mismo sentido STCE de 17 de diciembre de 1970 *Internationale Handelsgesellschaft*, as. C-11/70, entre otras.

de la materia<sup>758</sup>. Lo normal es que la celebración de este tipo de acuerdos derive de un tratado internacional que ejecutan o concretan mediante disposiciones de naturaleza técnica<sup>759</sup>. Al igual que lo expresado respecto a los tratados internacionales que les dan cobertura, se rigen por Derecho Internacional, es indiferente cuál sea su denominación y deben ser publicados en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, como peculiaridad, también deberán ser publicados en el Boletín oficial correspondiente a la Administración pública que los firme (artículo 41 LTAI).

Como particularidad respecto a los tratados internacionales, todos los proyectos de acuerdos internacionales administrativos tienen que ser remitidos al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación antes de su firma para que la Asesoría Jurídica Internacional emita un informe preceptivo acerca de su naturaleza y formalización (artículo 39 LTAI).

Una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado, los acuerdos internacionales administrativos formarán parte del ordenamiento jurídico interno. No obstante, su posición normativa dependerá, como señala BUENO ARMIJO<sup>760</sup>, de la relación que mantengan con el tratado internacional del que traen causa. En primer lugar, si el contenido del acuerdo administrativo internacional está habilitado expresamente por el tratado internacional que le da cobertura, se puede entender que el segundo es una especie de «extensión» del primero y, por tanto, prevalecerá sobre cualquier norma de derecho interno, salvo que se trate de normas de rango constitucional. De lo anterior se deriva que esa norma de derecho interno tendrá que ser inaplicable por todos los poderes públicos. En segundo lugar, si el contenido del acuerdo administrativo internacional va más allá de lo establecido por el tratado internacional que desarrolla (*praeter legem*), «debe entenderse que se trata de una mera norma administrativa que en ningún caso cabría equiparar a un tratado internacional»<sup>761</sup>. Dada esta circunstancia, si dicho acuerdo

---

<sup>758</sup> En este sentido, el artículo 38.2 LTAI dispone que «Los acuerdos internacionales administrativos solo podrán ser firmados por las autoridades designadas en el propio tratado internacional o, en su defecto, por los titulares de los órganos, organismos y entes de las Administraciones Públicas competentes por razón de la materia».

<sup>759</sup> Como afirma MAGALDI MENDAÑA, su finalidad es «concretar aspectos técnicos de la aplicación de un Tratado internacional firmado por el Estado», Nuria MAGALDI MENDAÑA, «Régimen jurídico de la actividad internacional de las universidades públicas», en Fernando LÓPEZ RAMÓN, Ricardo RIVERO ORTEGA y Marcos M. FERNANDO PABLO (Coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia. Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9 y 10 de febrero de 2018*, INAP, Madrid 2018, p. 618.

<sup>760</sup> Antonio BUENO ARMIJO, «Lección 15: Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea», cit., pp. 431 y ss.

<sup>761</sup> *Ibidem*, p. 431.

regulara materias reservadas a la ley o que entraran en contradicción con esta última los jueces podrían inaplicarlo de acuerdo con el artículo 6 LOPJ. Por último, si el acuerdo internacional administrativo contradijera la propia norma que constituye su base legal (el tratado internacional), además de ser inválido conforme al artículo 38.2 LTAI, «permitiría a la Administración su inaplicación»<sup>762</sup>.

*c) Los Acuerdos internacionales no normativos*

Los Acuerdos internacionales no normativos (llamados frecuentemente memorandos de entendimiento o MoU, por sus siglas en inglés) son definidos en la LTAI, por exclusión, como «acuerdos de carácter internacional no constitutivos de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que son celebrados por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades Públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico» [artículo 2 c) LTAI]. Al contrario que las dos categorías anteriores no constituyen fuente de obligaciones internacionales, no se rigen por el Derecho Internacional y no es obligatoria su publicación en diario oficial alguno; por ello se suele decir que se mueven en un nivel estrictamente político. Es precisamente esta falta de fuerza jurídica vinculante la que motiva que se les encaje en la categoría de «declaraciones de intenciones» y, en consecuencia, no se pueda hablar de conflicto con otras normas de derecho interno.

5.1.4 La naturaleza jurídica de los títulos habilitantes de las medidas de interceptación en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados

Dado que los memorandos y protocolos a los que hemos hecho alusión en los epígrafes anteriores son los que concretan las actuaciones de vigilancia marítima que España e Italia pueden llevar a cabo en las aguas jurisdiccionales del tercer Estado en cuestión y/o frente a los buques que enarbolan su pabellón en alta mar, se puede afirmar que los mismos son, *de facto*, los títulos habilitantes de las medidas de interceptación en dichos espacios marítimos. Debido a que la información sobre los mismos es sesgada, algunos autores han manifestado que «resulta arriesgado establecer de qué tipo de

---

<sup>762</sup> Es la conclusión que deriva Antonio BUENO ARMILLO (cit. supra, p. 431) de una lectura conjunta de la prevalencia del tratado internacional sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno (artículo 31 LTAI) y del deber de observancia de los tratados internacionales por todos los poderes públicos (artículo 29 LTAI).



compromisos hablamos, así como su real contenido y vigencia»<sup>763</sup>. No obstante, como veremos a continuación, existen varios factores que nos invitan a pensar que se asemejan bastante a los «acuerdos internacionales administrativos» previstos en el artículo 2.b) LTAI.

En primer lugar, respecto a su aprobación, los memorandos españoles y protocolos italianos no requirieron una ratificación de sus respectivas cámaras legislativas nacionales por venir habilitados por un tratado internacional previo. Mientras los memorandos españoles vendrían a desarrollar los Acuerdos Marco de cooperación en materia de inmigración del «Plan África», el *Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista*, el *Protocollo Aggiuntivo Tecnico-Operativo al Protocollo di Cooperazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina* (ambos de 29 de diciembre de 2007) y el Protocolo de 4 de febrero de 2009 derivan del *Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e di sostanze psicotrope ed all'immigrazione clandestina* del año 2000. Por su parte, el Protocolo ítalo-albanés de 1997 derivaba de un canje de notas previo en el que los Ministros de Asuntos Exteriores de Italia y Albania acordaron un «*rafforzamento della nostra collaborazione nel campo giuridico e humanitario*». En conclusión, en todos los casos expuestos se cumple el primer requisito para calificarlos, conforme a la clasificación propuesta por la LTAI (aun sabiendo que esta última no se aplica a Italia), como acuerdos internacionales administrativos: la celebración de este tipo de acuerdos deriva de un tratado internacional previo.

En relación con su contenido, tanto los memorandos españoles como los protocolos italianos contienen autorizaciones para desplegar sus respectivas fuerzas navales y aéreas con la finalidad de desarrollar actividades de vigilancia e interceptación en espacios bajo la soberanía de otro Estado y, en el caso italiano, también frente a los buques que enarbolan el pabellón del otro Estado en alta mar. Además, establecen una auténtica regulación de las operaciones de vigilancia llevadas a cabo en dichos espacios,

---

<sup>763</sup> Javier Andrés GONZÁLEZ VEGA, «El control de la inmigración irregular en España: Compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 111, 2015, p. 183 [Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/290429796\\_El\\_control\\_de\\_la\\_inmigracion\\_irregular\\_en\\_Espana\\_Compromisos\\_y\\_desarrollos](https://www.researchgate.net/publication/290429796_El_control_de_la_inmigracion_irregular_en_Espana_Compromisos_y_desarrollos) (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

concretan las distintas modalidades de ejecución y la determinación de responsabilidades en caso de patrullaje conjunto con las autoridades del tercer Estado.

En el caso de la colaboración ítalo-albanesa, los ministros de Asuntos Exteriores de ambos países se comprometieron a que «*Le competenti Autorità dei due Paesi stabiliranno con un apposito protocollo il più presto possibile le necessarie procedure tecniche per mettere in pratica questa collaborazione nelle acque territoriali albanesi e internazionali*» (Canje de notas de 1997). Dicho compromiso, como sabemos, se materializó en el Protocolo ítalo-albanés de 1997, cuyas concretas medidas de interceptación se analizaron en el Capítulo III.

En lo que respecta a los acuerdos con Libia, si el Acuerdo del año 2000 se limitaba a introducir una disponibilidad genérica de las partes a colaborar esencialmente a través del intercambio de información y de una imprecisa «*reciproca assistenza e cooperazione nella lotta control l'immigrazione illegal*»<sup>764</sup>, el Protocolo de cooperación ítalo-libio de 2007 intentaba dar forma al contenido de dichas voluntades<sup>765</sup>. Por su parte, el *Protocollo Aggiuntivo Tecnico-Operativo* pretendía definir, en sede técnica, la modalidad operativa de las actuaciones enunciadas en el primero: los patrullajes conjuntos en aguas territoriales libias e internacionales y la dotación de medios materiales por parte de Italia a Libia para la lucha contra la inmigración irregular. No obstante, el *Protocollo Aggiuntivo Tecnico-Operativo* únicamente esbozaba las líneas operativas esenciales, mientras que los concretos detalles de los patrullajes conjuntos venían dispuestos en el *Protocollo* firmado el 4 de febrero de 2009<sup>766</sup>. Pese a que este último no fue publicado y

---

<sup>764</sup> Concretamente, el artículo 1 D del Acuerdo, denominado «*Lotta all'immigrazione illegale*», establece como formas de cooperación, entre otras, «(1) scambio di informazioni sui flussi di immigrazione illegale, nonché sulle organizzazioni criminali che li favoriscono, sui modus operandi e sugli itinerari seguiti; (2) scambio di informazioni sulle organizzazioni specializzate nella falsificazione di documenti e di passaporti [y] (3) reciproca assistenza e cooperazione nella lotta control l'immigrazione illegale». Así mismo, en virtud del artículo 2.1 «*Le Parti si impegnano a cooperare nel settore della formazione e dell'addestramento, in particolare nel settore della formazione specialistica, nonché a promuovere la cooperazione tra gli Istituti di istruzione di polizia dei due Paesi*».

<sup>765</sup> Gianluca BATTISTA, «La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare», *Associazione italiana dei costituzionalisti, Revista* n.º 3/2011, p. 2. Sirva como ejemplo su artículo 2, en virtud del cual «*L'Italia e la Grande Giamahiria organizzeranno pattugliamenti marittimi con 6 unità navali cedute temporaneamente dall'Italia. I mezzi imbarcheranno equipaggi misti con personale libico e con personale di polizia italiano per l'attività di addestramento, di formazione, di assistenza tecnica all'impiego e manutenzioni dei mezzi. Dette unità navali effettueranno le operazioni di controllo, di ricerca e salvataggio nei luoghi di partenza e di transito delle imbarcazioni dedite al trasporto di immigranti clandestini, sia in acque territoriali libiche che internazionali, operando nel rispetto delle Convenzioni internazionali vigenti, secondo la modalità operative che saranno definite dalle competenti autorità dei due Paesi*».

<sup>766</sup> Según BATTISTA (*Ibidem*, p. 5), ninguno de los tres Protocolos fue publicado oficialmente porque se adoptaron por la vía simplificada. La vía simplificada permite la adopción de acuerdos internacionales que

ninguno de los acuerdos que constituyen su base jurídica preveía la devolución a Libia de inmigrantes rescatados en el Mediterráneo, la doctrina coincide en que es el instrumento que «presumiblemente» ha permitido desarrollar la política de *push-back* o devoluciones en el mar por parte del Gobierno italiano<sup>767</sup>. En el lado opuesto, el Ministro del Interior MARONI se congratulaba de la firma del mismo y calificaba la primera operación llevada a cabo en ejecución del mencionado Protocolo (el 6 de mayo de 2009) como «un nuevo modelo de lucha en el mar contra aquellos que buscan llegar ilegalmente», lo cual constituía «una vuelta de tuerca en la lucha contra la inmigración clandestina, un resultado histórico». Además, reconocía que ese «nuevo modelo» permitiría resolver el problema entre Italia y Malta sobre el acogimiento de los migrantes clandestinos porque «independientemente del espacio marítimo donde se encuentren las embarcaciones serán devueltos a Libia, de donde han partido»<sup>768</sup>. Como se puede comprobar, las palabras del Ministro del Interior italiano dos meses después de la firma del Protocolo de 2009 confirman la sospecha de aquellos autores que catalogaban el texto como el punto de partida de la entonces nueva política migratoria de *push back*.

En este punto es necesario señalar la cuestionable vía de formalización del Protocolo de 2009 por parte del Gobierno italiano. Pese a su originaria naturaleza técnica, la introducción del «nuevo modelo de *push back*» a través del Protocolo de 2009 constituye una innovación respecto a los acuerdos que constituyen su base jurídica, que nada regulaban al respecto. Por lo tanto, su adopción podría suponer una violación de la reserva contenida el artículo 80 de la Constitución de la República Italiana. Dicho artículo establece que «*Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi*». Igualmente,

---

no afecten a las materias establecidas en el artículo 80 de la Constitución de la República Italiana, bastando con la mera firma por parte de un órgano constitucionalmente competente para asumir obligaciones con otro Estado.

Mientras que el contenido de los Protocolos de 2007 trascendió extraoficialmente, el texto del Protocolo de 2009 se ha mantenido en secreto. Supuestamente, se limitaba a pormenorizar detalles meramente operativos relativos a los patrullajes conjuntos, sin introducir ninguna novedad respecto al Protocolo adjunto de 2007. No obstante, en el Capítulo relativo a las operaciones de salvamento se profundizará sobre las prácticas propiciadas por su firma.

<sup>767</sup> Gianluca BATTISTA, «La collaborazione italo-libica nel contrasto all’immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare», cit., p. 6; Marina MANCINI, «Il Memorandum d’intesa tra Italia e Libia 2017 e la sua attuazione», en Natalino RONZITTI y Elena SICSO, *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Giappichelli, Turín, 2018, p. 194.

<sup>768</sup> «In Libia i migranti soccorsi in mare: Maroni esulta ‘Risultato storico’», noticia de 7 de mayo de 2009 [Disponible en: <http://www.repubblica.it/2009/04/sezioni/cronaca/immigrati-6/barconi-a-tripoli/barconi-a-tripoli.html> (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

aunque se hubiera optado por la adopción del acuerdo por la vía simplificada por no entender que afectaba a ninguna de las materias previstas por el artículo 80, era necesaria su publicación en la *Gazzeta Ufficiale* en virtud del artículo 13.1 del *Decreto del Presidente della Repubblica* 28 dicembre 1985, n. 1092, *Approvazione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana*<sup>769</sup>.

Por su parte, y como hemos avanzado, en el caso español, los memorandos desarrollaban los aspectos técnicos del artículo 8 de cada uno de los Acuerdos marco derivados del «Plan África»<sup>770</sup>. Dado que en los mismos se preveía «la utilización de barcos españoles, (...) en las actividades relativas a la preservación del orden público de un tercer estado (...)»<sup>771</sup>, parece cuestionable que el Gobierno de España afirme que los memorandos del «Plan África» sean «instrumentos que no generan obligaciones en Derecho Internacional más allá de compromisos políticos en materia de cooperación mutua entre los países firmantes»<sup>772</sup>. En definitiva, aunque los acuerdos con los países africanos sobre vigilancia marítima en sus aguas territoriales se hayan querido revestir con la forma de un memorando de entendimiento, lo cierto es que nos encontramos ante textos que contienen una regulación que vincula internacionalmente a España. La mejor prueba de ello es que el Memorando con Cabo Verde se transformó en Acuerdo Internacional y se formalizó siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido<sup>773</sup>. En cualquier caso, como señala Antonio BUENO ARMIJO<sup>774</sup>, es irrelevante

---

<sup>769</sup> En virtud del artículo 13.1 del *Decreto* 28 dicembre 1986, 1092 «*Nella prima parte della Gazzetta Ufficiale si pubblicano nel testo integrale gli accordi ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, quando non si debba provvedere alla loro ratifica previa autorizzazione legislativa oppure alla loro esecuzione mediante decreto del presidente della Repubblica*».

<sup>770</sup> Sirva como ejemplo el artículo 1 del Acuerdo entre el Reino de España y la Republica de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde, el cual, en aplicación del artículo 8 del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho «*ad referendum*» en Madrid el 20 de marzo de 2007, establece que «El presente Acuerdo establece las condiciones para la vigilancia y patrullaje conjuntos de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de la Parte caboverdiana (...)».

<sup>771</sup> Paula GARCÍA ANDRADE, «Extraterritorial Strategies to tackle irregular migration by sea: a Spanish perspective», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (Eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, cit., p. 321.

<sup>772</sup> Gobierno de España, «Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular», diciembre de 2011, cit., p. 40.

<sup>773</sup> Paula GARCÍA ANDRADE, «Extraterritorial Strategies to tackle irregular migration by sea: a Spanish perspective», cit., p. 324. De conformidad con en el artículo 94 CE, el Acuerdo entre España y Cabo Verde fue aprobado por el Congreso el 11 de diciembre de 2008 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie C, n.º 70, 16 de diciembre de 2008) y por el Senado el 11 de febrero de 2009 (BOCG, Senado, Serie IV, n.º 59, 16 de febrero de 2009).

<sup>774</sup> Antonio BUENO ARMIJO, «Lección 15: Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea», cit., p. 428.

la denominación que reciban estos acuerdos, lo importante, y lo que debe determinar su régimen jurídico, es su contenido, y su contenido permite concluir que su función es ejecutar o concretar mediante disposiciones de naturaleza técnica un tratado internacional previo. Este hecho, de nuevo, nos permite catalogarlos como acuerdos internacionales administrativos en el sentido del artículo 2 LTAI.

Como hemos apuntado anteriormente, pese a la elevada relevancia jurídica de las disposiciones de estos «memorandos» y «protocolos», dichos instrumentos no fueron firmados por sujetos de Derecho Internacional (en nuestro caso el Reino de España y la República de Italia), sino por órganos del Ministerio del Interior de España e Italia y sus homólogos en el Estado con quien se firmaba el acuerdo. Al respecto, GARCÍA ANDRADE señala que un memorando firmado por el Director General de la Guardia Civil no es el instrumento adecuado «para regular cuestiones relativas a la soberanía de un tercer Estado y la responsabilidad por las acciones llevadas a cabo»<sup>775</sup>. No obstante, debemos recordar que el artículo 38.2 LTAI dispone que «Los acuerdos internacionales administrativos (...) podrán ser firmados por las autoridades designadas en el propio tratado internacional o, en su defecto, por los titulares de los órganos, organismos y entes de las Administraciones Públicas competentes por razón de la materia». En este sentido los tratados internacionales derivados del «Plan África» de los que se derivan los memorandos españoles establecen en su artículo 13 que «España designa [entre otros] al Ministerio del Interior (...) como las respectivas autoridades competentes para la aplicación del presente Acuerdo y para cualquier otra cuestión relacionada con él. Las Partes contratantes podrán designar en todo momento cualquier otro organismo, ministerio o departamento competente en sustitución de los designados en el anterior párrafo 1, comunicándolo a la otra Parte contratante mediante Nota Verbal». De lo anterior se deduce que, frente a lo que sostenía GARCÍA ANDRADE sobre la falta de legitimidad del Director General de la Guardia Civil para celebrar estos memorandos, el artículo 13 de los Acuerdos derivados del «Plan África», en línea con lo que luego prevería el artículo 38.2 LTAI, habilita esta posibilidad. Es decir, no parece que hubiera ningún problema en que el Director General de la Guardia Civil, órgano del Ministerio del Interior, fuera la autoridad encargada de firmar un memorando de colaboración en aplicación de un Acuerdo marco previo, como de hecho sucedió en el caso de Mauritania. Este último factor, de nuevo, nos permite

---

<sup>775</sup> Paula GARCÍA ANDRADE, «Extraterritorial Strategies to tackle irregular migration by sea: a Spanish perspective», cit., p. 323.

confirmar la hipótesis inicial de que nos encontramos ante instrumentos con un régimen y naturaleza jurídica muy similar a lo que hoy se denominan acuerdos internacionales administrativos en el ordenamiento jurídico español.

#### 5.1.5 Análisis comparativo del contenido de los títulos habilitantes empleados por España e Italia para las medidas de interceptación realizadas en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados

En este epígrafe se procederá al análisis del contenido de los títulos habilitantes empleados por España e Italia para adoptar medidas de interceptación en alta mar y en el mar territorial de terceros Estados. Para ello se distinguirá entre aquellos memorandos o acuerdos internacionales administrativos que no han sido objeto de publicación, respecto a los cuales se esbozarán sus características generales [letra a)], y aquellos otros instrumentos (tanto tratados internacionales como acuerdos internacionales administrativos) que han sido objeto de publicación y, como consecuencia, permiten realizar un análisis comparativo [letra b)].

##### *a) Los memorandos de entendimiento*

Debido al oscurantismo que envuelve a los memorandos de entendimiento firmados en materia migratoria, el escaso conocimiento que tenemos sobre su contenido deriva de las noticias de prensa y de alguno de los informes anuales realizados por el Gobierno de España para la Red Europea de Migraciones<sup>776</sup>. En este sentido, GARCÍA ANDRADE señala que «aunque su carácter confidencial esté justificado por la sensibilidad de los objetivos que persiguen, la falta de acceso público al texto de los acuerdos carece de control democrático, transparencia y escrutinio de su compatibilidad con el Derecho Internacional»<sup>777</sup>.

En cuanto al objeto de estos instrumentos, tomando como referencia el Memorando de colaboración con Marruecos, constituye «la base para la necesaria cooperación operativa y humanitaria para prevenir adecuadamente los flujos de inmigración irregular hacia Europa, hacia las costas, Ceuta y Melilla, permitiendo a la Guardia Civil el despliegue de patrullas conjuntas en colaboración con las fuerzas y

---

<sup>776</sup> Gobierno de España, «Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular», diciembre de 2011, cit., pp. 40 y 41.

<sup>777</sup> Paula GARCÍA ANDRADE, «Extraterritorial Strategies to tackle irregular migration by sea: a Spanish perspective», cit., pp. 319 y 320.

cuerpos de seguridad marroquíes correspondientes»<sup>778</sup>. En algunos casos, como el de Marruecos, los mencionados memorandos han ido acompañados de formas de cooperación cualitativamente más estrechas, como el Acuerdo en materia de cooperación policial transfronteriza<sup>779</sup> o la concesión de subvenciones extraordinarias<sup>780</sup>.

De la misma forma, en el caso de Mauritania el Memorando de colaboración constituye «la base para la necesaria cooperación operativa y humanitaria para gestionar

---

<sup>778</sup> Gobierno de España, «Informe Anual Políticas de inmigración y asilo para la Red Europea de Inmigraciones 2013», p. 102. Disponible en: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/annual-policy/2013/26b\\_spain\\_annual\\_policy\\_report\\_2013\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/annual-policy/2013/26b_spain_annual_policy_report_2013_es.pdf) [Consultado por última vez el 14/08/2020].

Los primeros patrullajes conjuntos de la Guardia Civil y la gendarmería marroquí fueron realizados en el marco del proyecto *Sea Horse* financiado por el Programa AENEAS de la Unión Europea. Los pormenores de dicho Programa venían regulados en el Reglamento (CE) n.º 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (AENEAS). En virtud del artículo 1 del Reglamento, su objetivo principal era «prestar ayuda financiera y técnica específica y complementaria a terceros países para apoyar su labor destinada a gestionar mejor los flujos migratorios en todas sus dimensiones» para lo cual preveía una dotación financiera de 250 millones de euros. Por este motivo la base competencial no se encontraba en el ámbito de Visados, Asilo, Inmigración y otras Políticas relacionadas con la libre circulación de personas (Título IV del TCE, actual Título V de la Tercera Parte del TFUE: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) sino en el de la Cooperación al Desarrollo (Título XX del TCE, actual Título III de la Quinta Parte del TFUE: Cooperación con terceros países y ayuda humanitaria), concretamente, en su artículo 181 A, en el cual se establecía que «la Comunidad llevará a cabo, en el marco de sus competencias, acciones de cooperación económica, financiera y técnica con terceros países (...) [con vistas a contribuir] al objetivo general del desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

<sup>779</sup> Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho «ad referendum» en Madrid el 16 de noviembre de 2010 (BOE 15 de mayo de 2012). Del mencionado acuerdo conviene destacar que su objeto principal es la creación de los Centros de Cooperación Policial situados en Algeciras y Tánger, donde se materializa la cooperación transfronteriza en materia de lucha contra el terrorismo y la criminalidad transfronteriza, en particular, el crimen organizado, el tráfico de drogas y de armas, la inmigración irregular y la trata de seres humanos. No obstante, en su artículo 9 dispone que «Los agentes y funcionarios destinados en los CCP que se encuentren en el territorio de la otra parte no serán competentes para la ejecución de medidas policiales», por lo que cabe deducir que la finalidad principal del acuerdo era el intercambio de información entre los cuerpos policiales de ambos países.

<sup>780</sup> Real Decreto 845/2006, de 7 julio, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal. En el mismo sentido, más de 10 años después, la Agenda Europea de Migración de 2015 establecía que «el desarrollo de estándares elevados dentro de la Unión Europea facilitará también que Europa preste apoyo a terceros países en el desarrollo de sus propias soluciones para gestionar mejor sus fronteras. Las iniciativas en países vecinos y africanos podrían ser respaldadas por Frontex y recibir financiación de la Unión Europea y de iniciativas conexas en el marco de las políticas de desarrollo y vecindad de la UE» [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea de Migración 2015*. COM (240) Final]. Igualmente, el *Plan de Acción de la Estrategia de seguridad Marítima de la Unión Europea*, de 14 de diciembre de 2014 (Or. En) 17002/14 establece entre sus Acciones Exteriores la necesidad de «combatir de forma más eficaz el contrabando de migrantes y la trata de seres humanos en el ámbito marítimo, desarrollando programas de creación de capacidades de seguridad en países terceros, centrándose en los países y rutas prioritarios» (p. 4). Asimismo, dispone la necesidad de «dar prioridad a los países y regiones en los que la escasez de capacidades de seguridad marítima tiene repercusiones directas en la seguridad y en la prosperidad económica de la Unión Europea y de sus ciudadanos (...) y en los países o regiones de tránsito u origen de los flujos migratorios» (p. 5).

adecuadamente los flujos de inmigración irregular hacia Europa, especialmente el transporte de migrantes irregulares desde costas mauritanas o a través de sus aguas jurisdiccionales con destino a las Islas Canarias, permitiendo a la Guardia Civil desplegar recursos humanos y medios técnicos en aguas mauritanas para realizar patrullas conjuntas en colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad locales correspondientes»<sup>781</sup>. Los primeros patrullajes conjuntos con Mauritania se llevaron a cabo en el seno del Proyecto Atlantis, coordinado por la Guardia Civil y cofinanciado en un 60% por la Unión Europea. En concreto, en este caso el mencionado Proyecto se realizó principalmente a cargo del Programa ARGO de la Comisión Europea<sup>782</sup>. Para la consecución de varios de los objetivos del Programa ARGO<sup>783</sup>, el Proyecto Atlantis, además de las patrullas conjuntas, incluía el entrenamiento de los agentes de frontera de Mauritania por la Guardia Civil y el suministro de equipamiento de vigilancia<sup>784</sup>. De esta forma, como afirma ROJO ESTEBAN, el Gobierno de España quiso contribuir a que la gendarmería mauritana creara su propio Servicio Marítimo<sup>785</sup>. No obstante, las actuaciones no se han limitado al ámbito

---

<sup>781</sup> Gobierno de España, «Informe Anual Políticas de inmigración y asilo para la Red Europea de Inmigraciones 2013», cit., p. 66.

<sup>782</sup> Decisión 2002/463/CE de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (Programa ARGO). Se trataba de un Programa de actuación de la Comisión Europea para la cooperación administrativa de la Unión Europea en el ámbito de las políticas de asilo, visado, inmigración y fronteras exteriores. Concretamente, ARGO se adoptó tomando como base el artículo 62 TCE en relación con las «medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan». Queda patente que la Unión Europea utiliza distintos medios y bases jurídicas para una misma finalidad: el control de las fronteras exteriores.

<sup>783</sup> Artículo 4 Decisión 2002/463/CE: «a) velar por que los Estados miembros lleven a cabo controles fronterizos de acuerdo con los principios y las normas de aplicación comunes establecidos por la legislación comunitaria y (...) c) reforzar la eficacia de los controles en los pasos fronterizos y la vigilancia entre estos puntos».

<sup>784</sup> En el seno del Proyecto Atlantis se acordó la cesión de cuatro patrulleras, tres vehículos todo terreno, un autobús, así como material informático [Disponible en: <https://www.diariosur.es/pg060722/prensa/noticias/Espana/200607/22/SUR-SUBARTICLE-159.html> (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

<sup>785</sup> Juan Fernando ROJO ESTEBAN, «La Guardia Civil y el control de la inmigración ilegal hacia Canarias», *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 38, 2008, p. 58.



marítimo<sup>786</sup>. Al igual que con Marruecos, se previeron subvenciones extraordinarias para la mejora del control de las fronteras mauritanas y la lucha contra la emigración ilegal<sup>787</sup>.

*b) El Acuerdo entre España y Cabo Verde y los Protocolos ítalo-libios*

El obstáculo que supone para su conocimiento la falta de publicación de los acuerdos, memorandos o declaraciones que regulan las distintas formas de vigilancia en los espacios marítimos bajo la jurisdicción de terceros Estados ha sido ligeramente salvado gracias a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde (en adelante, Acuerdo España-Cabo Verde). Este acuerdo, firmado en febrero de 2008 y que entró en vigor en abril de 2009, vino a reemplazar, como menciona el propio acuerdo, el Memorando de entendimiento (MoU) entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde, hecho en Madrid el 7 de marzo de 2007. Desde luego, es llamativo el hecho de que se decidiera formalizar por la vía del acuerdo internacional el Memorando con Cabo Verde y que no se siguiera la misma política con el resto de los países del «Plan África», teniendo en cuenta que la finalidad era la misma y que, como se comprobará, el acuerdo regula importantes cuestiones que requieren su formalización por medio de un instrumento vinculante. Se ignoran los motivos que llevaron a ello, aunque seguramente estén relacionados con las profundas diferencias que existen entre las relaciones diplomáticas que se mantienen con cada uno de estos países<sup>788</sup>.

---

<sup>786</sup> Gracias a una nota de prensa de la Guardia Civil [Gabinete de prensa de la Guardia Civil: «El Director General de la Guardia Civil y el Director General de la Gendarmería de Mauritania firman un Memorando de cooperación en materia de inmigración irregular», 28 de marzo de 2014 [Disponible en: [https://www.guardiacivil.es/ga/prensa/historico\\_prensa/4848.html](https://www.guardiacivil.es/ga/prensa/historico_prensa/4848.html) (Consultado por última vez el 14/08/2020)] se tiene conocimiento de que en 2014 Arsenio FERNÁNDEZ DE MESA (Director General de la Guardia Civil) y Soultane Ould Mohamed SAOUD (Director General de la Gendarmería Nacional de Mauritania) firmaron un nuevo Memorando que permitiría, «además de las patrullas conjuntas de vigilancia marítima, patrullas mixtas terrestres que se encargarían de la vigilancia de las fronteras para controlar la inmigración irregular». La misma nota de prensa indicó que «la Guardia Civil dispondrá de dos embarcaciones de 30 metros, un buque oceánico y un helicóptero para llevar a cabo las patrullas mixtas en Nouadhibou y Nouackchot (Mauritania). Además, el Servicio Marítimo instruirá a los agentes de la Gendarmería Nacional Mauritana en materia concerniente a la conducción de embarcaciones».

<sup>787</sup> Real Decreto 187/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria a la República Islámica de Mauritania para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal.

<sup>788</sup> En este sentido cabe destacar que Cabo Verde es socio preferente de la Unión Europea e incluso se ha barajado la posibilidad de que llegue a ser parte del Espacio Económico Europeo, como Islandia, Noruega y Liechtenstein [Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20180116/4461019024/cabo-verde-ambiciona-entrar-en-el-espacio-europeo-como-region-ultraperiferica.html> (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

Tanto el Acuerdo entre el Reino de España y Cabo Verde, como los Protocolos celebrados por Italia y Libia, prevén la realización de patrullajes conjuntos con las guardias costeras de estos Estados africanos. Eso sí, es importante señalar que mientras que los patrullajes hispano-caboverdianos son de carácter exclusivamente operativo, los patrullajes ítalo-libios tienen por objeto principal el adiestramiento de las autoridades libias, contemplándose un periodo de 90 días con tal finalidad, tras el cual estas últimas asumirían toda la responsabilidad. En este sentido, el acuerdo ítalo-libio es más similar al Memorando España-Mauritania que al Acuerdo España- Cabo Verde.

Respecto a los medios desplegados, el acuerdo con Cabo Verde prevé que los patrullajes pueden realizarse conjuntamente por naves de ambas partes: en naves españolas con presencia obligatoria de oficiales caboverdianos o en naves caboverdianas con presencia española<sup>789</sup>. Contrariamente, los medios desplegados en los patrullajes ítalo-libios eran exclusivamente italianos. De hecho, los Protocolos con Libia contemplaban la cesión progresiva de seis buques de la Guardia de Finanza Italiana en un periodo de tiempo algo superior a tres años para la realización de las mencionadas patrullas.

Ambos acuerdos coinciden en las menciones a la Unión Europea y a Frontex. Además de una mención específica en el preámbulo a la labor de Frontex, en el artículo 6.2 Acuerdo España-Cabo Verde se establece que «Las áreas de vigilancia se acordarán entre el Centro de Operaciones en Cabo Verde y el Centro de Coordinación Regional de Canarias para su posible integración en otras operaciones coordinadas por Frontex». Por su parte, el artículo 4 del Protocolo de cooperación ítalo-libio establece que «*L'Italia si adopererà a livello europeo per assicurare i finanziamenti necessari per le richiamate forniture e attività a carico del bilancio comunitario. Inoltre, l'Italia farà ogni sforzo perché si giunga nel più breve tempo possibile all'adozione dell' Accordo quadro fra l'Unione Europea e la Grande Giamahiria*». Adicionalmente, en virtud del artículo 5 del mismo Protocolo, Italia se comprometía a cooperar con la Unión Europea para la financiación a cargo del presupuesto comunitario de un sistema de control de la frontera terrestre y marítima libia con la finalidad de luchar contra el fenómeno de la inmigración

---

<sup>789</sup> No obstante, hay ciertos indicios de una mayor carga sobre la parte española en cuanto a los medios, como se desprende del artículo 3.3 del Acuerdo España- Cabo Verde, en virtud del cual «La Parte española atenderá con sus medios, en la medida de sus posibilidades y en el ámbito del presente Acuerdo, las solicitudes de apoyo de la Parte caboverdiana para proceder a la interceptación de embarcaciones sospechosas de realizar actividades de tráfico ilegal de personas, drogas y armas».

clandestina, que se llevaría a cabo de acuerdo con las necesidades presentadas por la parte libia en la delegación de la misión Frontex<sup>790</sup>.

Por último, ambos textos internacionales coinciden también en el intento por parte de Italia y España de eludir cualquier tipo de responsabilidad derivada de los patrullajes conjuntos, si bien justificándolo de manera diversa. En el caso italiano, la elusión de responsabilidad respecto a las actuaciones llevadas a cabo en barcos italianos y con personal italiano se intenta conseguir especificando que, en un primer momento, «*Il personal di polizia italiano svolgerà, relativamente all'attività di pattugliamento, esclusivamente compiti di addestramento, formazione, assistenza e consulenza alle forze di polizia e di sicurezza libiche*» (artículo 3.5 *Protocolo Aggiuntivo tecnico-operativo* de 2007). Tras los 90 días del periodo formativo, «*si procederà alla progressiva riduzione del personal italiano imbarcato ed al contestuale avvio di crociere operative*» (artículo 1.4 *Protocolo Aggiuntivo tecnico-operativo* de 2007). En cualquier caso, se deja manifiestamente claro que desde el inicio de la cooperación «*il comando delle unità navali temporaneamente cedute sarà assunto da personal individuato dalla Parte libica, che sarà responsabile della condotta della navigazione e delle iniziative assunte sia nel corso delle corriere addestrative che di quelle operative*» (artículo 1.5 *Protocolo Aggiuntivo tecnico-operativo* de 2007).

En el caso español, el ordenamiento jurídico aplicable a estas actuaciones y, como consecuencia, las garantías existentes para las personas objeto de estas actividades se determinan mediante la «presencia efectiva y obligatoria a bordo [de las embarcaciones españolas] de personal de la parte caboverdiana» [artículo 3.1.b) del Acuerdo España-Cabo Verde]. De esta manera, las autoridades caboverdianas se convertirían en las responsables de las decisiones operativas. Así lo expresa el artículo 6.4 del Acuerdo, en virtud del cual «Al menos un componente de la Guardia Costera caboverdiana irá siempre a bordo de las embarcaciones y aeronaves de la Parte española para facilitar la actuación operativa». Los acuerdos con este tipo de cláusulas son denominados «acuerdos *shiprider*». Estos se caracterizan por regular la presencia de un agente de policía en un buque gubernamental que enarbola un pabellón de nacionalidad diferente a la del mencionado agente. El propósito, como afirma NERI, «es incrementar los poderes o

---

<sup>790</sup> La financiación de dicho sistema también se contempla en el artículo 2.1) del *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, de 2 de febrero de 2017.

herramientas del buque embarcando al agente [del Estado anfitrión] debidamente investido de competencias para que autorice ciertos actos, como desviar un buque con pabellón de ese Estado o aplicando directamente sus normas nacionales»<sup>791</sup>.

De entre todos los preceptos orientados a limitar la aplicación del ordenamiento jurídico español en estas operaciones, el que evidencia de manera más notable la intención de España es el que establece que «con excepción de las situaciones previstas en el Derecho Internacional, las intervenciones de fiscalización, visita o apresamiento, especialmente estas últimas, solamente podrán ser efectuadas por las autoridades caboverdianas o bajo su dirección» (artículo 6.5 Acuerdo España-Cabo Verde). Según destaca GAMMELTOFT-HANSEN, «el propósito es cambiar la responsabilidad jurisdiccional»<sup>792</sup>. En el mismo sentido, los informes publicados por Frontex sobre las operaciones *Hera* y *Nautilus* en 2008 relataban que «Un oficial mauritano o senegalés siempre está presente en el barco desplegado por el Estado miembro y es responsable del desvío»<sup>793</sup>. Téngase en cuenta que los patrullajes conjuntos en Mauritania y Senegal estaban regulados por memorandos de entendimiento no publicados. No obstante, los informes de Frontex demuestran que su contenido debía ser muy similar al acuerdo celebrado con Cabo Verde.

A diferencia de lo que sucede en el Protocolo ítalo-libio, que no dice nada al respecto, el acuerdo español-caboverdiano establece, como señalamos en el Capítulo III, las distintas actuaciones que se pueden llevar a cabo como consecuencia de la interceptación de un buque sospechoso de tráfico irregular en aguas de Cabo Verde: «fiscalización, visita o apresamiento» (artículo 6 Acuerdo España-Cabo Verde). De entre ellas, el apresamiento o detención para su posterior desvío al Estado de origen (en este caso, Cabo Verde) es la más común de las prácticas si se tiene en cuenta que la finalidad es asegurar que los migrantes no emprendan su viaje. Así lo ha afirmado el Gobierno de España cuando se ha referido a las prácticas realizadas para la «Prevención de los riesgos asociados a los movimientos migratorios», entre las que destaca «la prevención de las

---

<sup>791</sup> Kiara NERI, «The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea», cit., p. 164.

<sup>792</sup> Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalization of migration control*, Cambridge University Press, 2011, p. 138.

<sup>793</sup> Frontex, «News Release: *Hera* 2008 and *Nautilus* 2008 Statistics», 17 de febrero de 2009 [Disponible en: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news-release/hera-2008-and-nautilus-2008-statistics-oP7kLN> (Consultado por última vez el 12/08/2020)].

partidas desde la costa de terceros países (Marruecos, Argelia, Mauritania, Senegal y otros)»<sup>794</sup>.

## 5.2 Las operaciones de interceptación en alta mar

### 5.2.1 Contextualización de las medidas de interceptación en alta mar

En alta mar, al igual que en el supuesto de la denegación de acceso o bloqueo de un buque en la zona contigua, las medidas de interceptación son de naturaleza preventiva, pues su finalidad es evitar que se produzca el cruce irregular de la frontera exterior marítima (situada en el límite exterior del mar territorial). Sin embargo, el hecho de que el peligro de cruce irregular no sea tan inminente abre considerablemente el abanico de actuaciones para evitar que dicho cruce se consume. Como anticipamos en el Capítulo III, en estos casos la coacción directa puede venir manifestada en una orden verbal o en una compulsión física sobre las personas y, a su vez, esta última puede consistir en una detención, en un bloqueo o en la entrega a las autoridades de otro Estado. Como comprobaremos a continuación, la naturaleza de cada medida tiene consecuencias sobre el régimen de garantías aplicable, por lo que cada una de ellas debe ser analizada de forma independiente.

### 5.2.2 La inaplicación de la Directiva Retorno y la Directiva sobre Procedimientos de Asilo a las medidas de interceptación en alta mar

El estudio de las actividades de interceptación llevadas a cabo en la zona contigua ha revelado que ni la Directiva Retorno ni la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, con sus correspondientes garantías, resultan aplicables a la vigilancia marítima extraterritorial. En este ámbito, por los motivos que antes indicamos, el único límite previsto por el Derecho de la Unión vendría representado por la CDFUE. Es decir, como se ha venido advirtiendo a lo largo de este Capítulo, la falta de regulación de la vigilancia extraterritorial en el CFS 2016 lleva a consecuencias muy perjudiciales para los derechos humanos de los migrantes y los refugiados.

Esta misma situación es predicable de las operaciones de interceptación en alta mar. Es decir, tampoco a ellas, y por los mismos motivos que ya expusimos, les resultan aplicables ni la Directiva Retorno ni la Directiva sobre Procedimientos de Asilo. Por

---

<sup>794</sup> Gobierno de España, Informe anual de políticas de inmigración asilo para la Red Europea de Migraciones 2015 (Parte 1), p. 31 [Disponible en: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/26b\\_spain\\_apr\\_part2\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/26b_spain_apr_part2_es.pdf) (Consultado el 24/08/2020)].

tanto, dada la inaplicabilidad del acervo de la Unión en materia de asilo y retorno a las actividades de interceptación realizadas en alta mar, y sin perjuicio de que, nuevamente, resulte de aplicación la CDFUE, nos centraremos en analizar su compatibilidad con el CEDH; en concreto, con la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH), con el principio de no devolución (artículo 3 CEDH) y con el complementario derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH)<sup>795</sup>.

### 5.2.3 La compatibilidad de las medidas de interceptación en alta mar con el CEDH. La compleja cuestión de su aplicabilidad extraterritorial.

Como venimos haciendo, antes de analizar si las distintas medidas de interceptación en alta mar son compatibles con los derechos reconocidos en el CEDH, se procederá a determinar si este último resulta aplicable a cada una ellas. Al igual que con las operaciones de interceptación llevadas a cabo en la zona contigua, nos volvemos a encontrar ante controles migratorios extraterritoriales. Pero, al contrario de lo que sucedía en dicho espacio marítimo, en alta mar el Derecho Internacional no reconoce al Estado ribereño competencias de fiscalización para prevenir el incumplimiento de sus leyes migratorias. Es decir, en este caso no hay «derechos soberanos» o principios del Derecho Internacional, salvo la jurisdicción del Estado del pabellón<sup>796</sup>, que permitan al TEDH, en una interpretación sistemática del Convenio, determinar la jurisdicción *de iure* del Estado y afirmar, de este modo, la aplicación del CEDH de acuerdo con lo previsto en su artículo 1.

---

<sup>795</sup> Al respecto es necesario señalar que los propios acuerdos bilaterales que son objeto de análisis contienen previsiones relativas al respeto a los compromisos internacionales, entre los que se encuentran las convenciones relativas a la protección de los derechos humanos. Así ocurre con el artículo 12 Acuerdo España-Cabo Verde «Ninguna disposición del presente Acuerdo podrá afectar a los derechos y obligaciones de ambas Partes en virtud de otros Tratados o Convenciones Internacionales». Por su parte, el artículo 2 del *Protocollo di Cooperazione tra Italia e Libia* de 29 de diciembre de 2007 dispone que las unidades navales «effettueranno le operazioni di controllo, di ricerca e salvataggio nei luoghi di partenza e di transito delle imbarcazioni dedite al trasporto di immigrati clandestini, sia in acque territoriali libiche che internazionali, operando nel rispetto delle Convenzioni internazionali vigenti (...)».

<sup>796</sup> En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* el TEDH señaló que «en virtud de las disposiciones aplicables del derecho marítimo, un navío navegando en alta mar está sujeto exclusivamente a la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola. Este principio del Derecho Internacional ha conducido al Tribunal a constatar, en casos relacionados con actos cometidos a bordo de navíos que ondean la bandera de un Estado (...) la existencia de jurisdicción extra-territorial ejercida por dicho Estado» (ap. 77). De esta forma, la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* supuso una aplicación de la jurisprudencia sentada en *Bankovic* conforme a la cual el Tribunal determinó que «los principios del Convenio no pueden ser interpretados y aplicados aisladamente. El Tribunal también debe tener en cuenta cualquier norma relevante de Derecho Internacional cuando examina las cuestiones relativas a su jurisdicción y, consecuentemente, determinar la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios que rigen en Derecho Internacional (...)» (ap. 57).

A falta de una jurisdicción *de iure*, uno de los criterios más consolidados para determinar la jurisdicción extraterritorial de un Estado es la existencia de una jurisdicción *de facto* derivada de un «control efectivo» sobre las personas<sup>797</sup>. El ejemplo prototípico de control efectivo sobre las personas es el de la detención. Así lo entendió el TEDH cuando en el caso *Medvedyev y otros c. Francia* afirmó que la detención en alta mar de unos traficantes de drogas en los camarotes de su propio buque por parte de las autoridades francesas constituía un ejercicio de jurisdicción del Estado francés (aun no siendo este el Estado del pabellón), que provocaba la aplicación del Convenio. En materia propiamente migratoria, como sabemos, la condena a Italia por la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* estuvo fundada en que el control efectivo sobre las personas extranjeras determinaba la existencia de jurisdicción y, en consecuencia, la aplicabilidad del CEDH. Concretamente, dicho control *de facto* se produjo en el buque de la marina italiana que las transportó hasta Libia.

De acuerdo con esta jurisprudencia, la aplicación del CEDH y, consecuentemente, la posible vulneración de alguno de los derechos allí consagrados, dependerá de si la medida concreta realizada por el Estado en la operación de interceptación en alta mar implica un control efectivo *de facto* o no. No obstante, como se podrá comprobar a continuación, algunos autores, apoyados en algunos pronunciamientos aislados, han interpretado que este no es el único criterio aplicable en estos casos.

*a) La orden de desviación al puerto de origen con aviso a las autoridades de ese Estado*

La primera medida de interceptación derivada de una detección en alta mar (es decir, una vez confirmadas las sospechas de intento de cruce irregular de las fronteras de un Estado) es ordenar al buque en cuestión la desviación al puerto de origen<sup>798</sup>. De hecho, Italia ha sido criticada por llevar a cabo operaciones conjuntas de control con Libia, ya que esas desviaciones solían acabar obligando a los migrantes a embarcar en los buques de la guardia costera libia que posteriormente salían a su encuentro tras un aviso

---

<sup>797</sup> STEDH *Medvedyev y otros c. Francia*, as. 3394/03, de 18 de julio de 2008, ap. 67 y STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ap. 77. En estos casos, el control efectivo sobre las personas se derivó de un control físico, bien porque los migrantes se encontraban en un barco donde regía la jurisdicción del Estado del pabellón (*Hirsi Jamaa y otros c. Italia*), bien porque estos fueran detenidos para ser transportados a otro lugar (*Medvedyev y otros c. Francia*).

<sup>798</sup> Entre los textos normativos que prevén esta medida de interceptación de manera explícita se puede citar el Artículo 7.2 *Decreto Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina* y el artículo 4 Protocolo ítalo-albanés de 1997 (*vid.* Capítulo III).

radiofónico<sup>799</sup>. Tal aviso tenía por finalidad asegurar el cumplimiento de dicha orden. *A priori*, si dicha desviación se produce de una forma pacífica, sin mediar el uso de la fuerza (por ejemplo, mediante el uso de megáfonos o mediante un acompañamiento) parece que no se podría verificar el ejercicio de jurisdicción del Estado miembro, al menos conforme al criterio del control efectivo.

No obstante, existen casos en los que el TEDH ha considerado que «un acto u omisión de un Estado parte de la convención puede provocar la responsabilidad de ese Estado por actos de otro Estado no parte de la Convención cuando la persona en cuestión ha sufrido o corre el riesgo de sufrir una denegación flagrante de las garantías y derechos de la convención»<sup>800</sup>. Ello significa que un Estado miembro puede ser responsable de los actos de otro Estado si, al poner a una persona a su disposición, por medios directos o indirectos, la vida o libertad de dicha persona corre peligro. Por ejemplo, en *W. M. c. Dinamarca* (1992) hizo frente a un caso que involucraba a 18 ciudadanos de Alemania del este que querían emigrar al oeste<sup>801</sup>. Dado que sus solicitudes de asilo en la República Federal de Alemania habían sido denegadas, W. M. y sus compañeros entraron en la embajada danesa en la República Democrática alemana para pedir mediación con las autoridades germanas. Tras intentar echarlos, y ante su negativa a abandonar voluntariamente la embajada, el embajador danés pidió asistencia a la policía de la RDA para que cesaran en sus pretensiones. Como consecuencia de dichos actos, W. M. alegó ser objeto de una detención ilegal contraria al artículo 5 CEDH (derecho a la libertad). Ante las acusaciones, la Comisión estableció que, pese a que «el solicitante no fue privado de su libertad por acto de las autoridades diplomáticas danesas, sino por un acto de las autoridades de Alemania del este (...), los actos del embajador danés hicieron que las personas afectadas cayeran bajo la jurisdicción de las autoridades danesas en el sentido del artículo 1 de la Convención». Finalmente, la Comisión no estimó las pretensiones de W. M. por otros motivos, pero estableció que el CEDH se aplica extraterritorialmente en casos en los que «los agentes autorizados del Estado, incluyendo diplomáticos o agentes consulares, traen a una persona o propiedad a la jurisdicción del Estado desde el momento

---

<sup>799</sup> Martin DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», cit., p. 189

<sup>800</sup> En virtud de la STEDH *Soering*, de 7 de julio de 1989, as. 14038/88, «la decisión de un Estado parte de extraditar a un fugitivo podría llevar a una vulneración del artículo 3 CEDH y derivar la responsabilidad del Estado conforme a la convención cuando hay motivos suficientes para creer que la persona en cuestión, si es extraditada, afronta un riesgo de ser sujeto a tortura o tratos inhumanos o degradantes en el país solicitante» (ap. 91).

<sup>801</sup> Decisión de admisibilidad del caso *W. M. c. Dinamarca*, de 14 de octubre de 1992, as. 17392/90.



en que ejercen autoridad sobre esas personas o propiedades»<sup>802</sup>. Suponiendo que este criterio se pudiera aplicar a todos los agentes del Estado, y no solo a diplomáticos o agentes consulares, las actuaciones consistentes en poner a disposición de las autoridades de un tercer país a un grupo de personas, incluso sin mediar un contacto físico, podría constituir un ejercicio de jurisdicción.

*b) El bloqueo del paso en alta mar*

En segundo lugar, una vez detectada una embarcación que trafica con migrantes, si la orden «pacífica» de desviación al puerto de origen no surte efecto, los guardias fronterizos del Estado miembro que se encuentran en alta mar pueden optar por intentar bloquear el paso del mismo con la finalidad de evitar que se dirija hacia su mar territorial o su zona contigua. Este tipo de situación fue abordada por el TEDH en el caso *Xhavara y otros c. Italia y Albania*, el cual se produjo precisamente como consecuencia de la actuación de la Administración italiana en aplicación del canje de notas entre Italia y Albania que dio cobertura al Protocolo ítalo-albanés de 1997. El 28 de marzo de 1997, un buque de guerra italiano (*Sibilla*), trató de bloquear el paso de un buque de migrantes de bandera albanesa (*Kater I Rades*) que se dirigía a Italia, provocando la muerte de 58 de los migrantes como consecuencia de una colisión en alta mar. En su análisis sobre la posible vulneración del artículo 2 CEDH, relativo al derecho a la vida, el Tribunal determinó que el naufragio del barco albanés «había sido provocado directamente» por el buque de guerra italiano. Además, añadió que en virtud del artículo 2 CEDH, «los Estados no solamente deben abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e irregular, sino también tomar todas las medidas necesarias para la protección de la vida de todas las personas que estén bajo su jurisdicción»<sup>803</sup>. El recurso fue finalmente desestimado por falta de agotamiento de las vías internas, no obstante, la particularidad de este caso radica en que la falta de un control efectivo físico sobre las personas (jurisdicción *de facto*) no privó al Tribunal de pronunciarse en sentido favorable a la aplicación del Convenio<sup>804</sup>.

---

<sup>802</sup> W. M. c. *Dinamarca.*, ap. 1.

<sup>803</sup> Decisión del TEDH sobre la admisibilidad del caso *Xhavara y otros c. Italia y Albania* de 11 de enero de 2001, as. 39473/98.

<sup>804</sup> En el mismo sentido falló el TEDH en la Decisión de admisibilidad del caso *Andreou c. Turquía*, de 27 de octubre de 2009, as. n.º 45653/99, relativo a la muerte de un nacional chipriota en territorio chipriota a causa de unos disparos de militares turcos desde la República Turca de Chipre del Norte. En este caso, el TEDH determinó que «aunque el recurrente sostenía que los daños fueron producidos en territorio sobre el cual Turquía no ejercía control, abrir fuego sobre una muchedumbre desde un lugar cercano, como fue la causa directa e inmediata de esos daños, debía interpretarse como que el recurrente estaba bajo la jurisdicción de Turquía en el sentido del artículo 1 CEDH y que era responsable por ello». Si bien el bloqueo del paso en alta mar no tiene por qué implicar el uso de armas, se puede interpretar igualmente como una

MORENO LAX interpreta que en *Xhavara*, frente al conocido criterio del control efectivo, «el TEDH aceptó implícitamente que los controles migratorios atraían a las personas implicadas a la jurisdicción del Estado interceptante, en el sentido del artículo 1 CEDH»<sup>805</sup>. En definitiva, de esta resolución parece poder extraerse que «cuando un Estado está legitimado para llevar a cabo medidas de interceptación, cualquier acción que lleve a cabo con este propósito conllevaría un ejercicio de jurisdicción»<sup>806</sup>. Al menos, cabría añadir, cuando exista alguna forma de ejercicio de la fuerza. Esta opinión doctrinal, la cual también podría ser aplicable a las analizadas órdenes «pacíficas» de desviación (órdenes mediante megáfono o acompañamiento), parece encontrar sustento en la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, en la cual el Tribunal consideró «(...) que las expulsiones de extranjeros llevadas a cabo en el marco de intercepciones en alta mar por parte de las autoridades de un Estado que ejerza su competencia soberana, y que tengan como efecto el impedir a los migrantes llegar a las fronteras de este Estado o incluso empujarlos hacia otro Estado, constituyen un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio (...)» (ap.180). Es verdad que, en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, los recurrentes habían embarcado en el buque italiano tras su rescate y regía el principio de jurisdicción del Estado del pabellón y, como consecuencia, el criterio del control efectivo<sup>807</sup>. No obstante, como se puede observar en el párrafo reproducido, el TEDH pareció considerar que el ejercicio de la competencia soberana de control de la inmigración en alta mar derivada de un acuerdo bilateral con Libia también atraía la jurisdicción de Italia.

---

actuación que implica el uso de la fuerza y que puede dar lugar a un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH. En cualquier caso, *Andreou c. Turquía* es otro ejemplo en el que no hay un control físico efectivo sobre las personas, sino meramente una actuación desde la distancia.

<sup>805</sup> Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea», cit. p.194.

<sup>806</sup> Anja KLUG y Tim HOWE, «The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures», cit., p.94. En el mismo sentido se podría traer a colación el caso *Jaloud c. Países Bajos* de 20 de noviembre de 2014, n.º 47708/08, en el que el TEDH consideró que la muerte de un iraquí por los disparos recibidos cuando su coche pasaba por un *Check Point* controlado por Países Bajos en Iraq atraía la jurisdicción de este último Estado en el sentido del artículo 1 CEDH. En concreto, el Tribunal subrayó que Países Bajos ejercía su jurisdicción dentro de los límites de una misión de la ONU con el propósito de hacer valer su autoridad y control sobre las personas que pasaban el *Check Point* (ap. 152). Como consecuencia de lo anterior, la muerte había sido consecuencia de actuaciones y omisiones llevadas a cabo por el personal militar neerlandés (ap. 155).

<sup>807</sup> El propio *Codice della Navigazione* italiano establece en su artículo 4 que las naves italianas en alta mar y las aeronaves italianas en un lugar o espacio no sujeto a la soberanía de otro Estado son consideradas como territorio italiano. Además de las reglas de la CNUDM, este tipo de previsiones facilitan la aplicación del CEDH y de la CDFUE.

La postura de que cualquier medida de interceptación en alta mar, independientemente de su naturaleza, implique un ejercicio de jurisdicción también encuentra detractores. En este sentido se manifiesta DEN HEIJER respecto a las actuaciones consistentes en escoltar a los buques hasta otro lugar, llamarlos por megáfono y el resto de medidas que no impliquen un contacto físico directo u otra forma de uso de la fuerza [apartado a) de este epígrafe]. Argumenta el autor que «establecer un enlace jurisdiccional es complicado en estos casos»<sup>808</sup>. En el mismo sentido, NERI señala que las actuaciones llevadas a cabo en un barco extranjero en alta mar entran en la jurisdicción del CEDH si el Estado ejerce un control completo y exclusivo sobre el barco y su tripulación<sup>809</sup>. En apoyo de esta tesis se puede citar la jurisprudencia del TEDH en la sentencia *Bankovic*, un caso en el que los recurrentes alegaban un ejercicio de jurisdicción derivado de unos bombardeos aéreos de varios Estados de la OTAN sobre Yugoslavia que causaron la muerte de sus familiares<sup>810</sup>. Al abordar la cuestión de la jurisdicción, el TEDH estimó que «las alegaciones de los recurrentes eran tanto como argumentar que cualquier persona afectada negativamente por un acto imputable a un Estado parte, donde quiera que se produjera o las consecuencias que se derivaran, atraería la jurisdicción de dicho Estado» (ap. 75). Ante tal hipótesis el Tribunal esgrimió que se trataría de un criterio de determinación de jurisdicción causa-efecto superfluo y carente de todo propósito, por lo que consideró que los bombardeos sobre Yugoslavia no constituían un ejercicio de jurisdicción, sino algo así como «actos extraterritoriales instantáneos». En definitiva, en *Bankovic* el TEDH pareció insinuar que no basta cualquier punto de conexión entre una acción concreta (incluso violenta) y un Estado parte del CEDH para que este resulte de aplicación, sino que se requiere una actuación cualificada, aunque no se aclare qué significa esto. Esta sentencia ha sido fuertemente criticada por implicar la impunidad de las muertes causadas por actuaciones de las fuerzas militares de Estados parte del CEDH. De hecho, existen sentencias posteriores como el ya mencionado caso *Andreou c. Turquía*<sup>811</sup> o *Isaak c. Turquía*<sup>812</sup> en las que «actuaciones extraterritoriales instantáneas»

<sup>808</sup> Martin DEN HEIJER, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control» cit., p. 190.

<sup>809</sup> Kiara NERI, «The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea» cit., p. 162.

<sup>810</sup> Decisión de admisibilidad *Bankovic y otros c. Bélgica y otros* de 12 de diciembre de 2001, as. 52207/99.

<sup>811</sup> STEDH *Andreou c. Turquía* de 27 de octubre de 2009, as. 45653/99. Recordemos que en este caso los disparos producidos desde territorio turco y causantes de muertes en la *Buffer Zone* o zona de seguridad de las Naciones Unidas llevaron a la aplicación del CEDH.

<sup>812</sup> STEDH *Isaak c. Turquía*, de 24 de junio de 2008, as. 44587/98. En este caso la entrada de oficiales turcos en la *Buffer Zone* o zona de seguridad para golpear a manifestantes chipriotas provocaron la aplicación del CEDH.

provocaron la aplicación del Convenio<sup>813</sup>. Al fin y al cabo, *Bankovic* representa la nota discordante en una jurisprudencia más o menos congruente sobre el ejercicio de jurisdicción de los Estados parte del CEDH y su correlativa aplicación.

*c) La retención y entrega de las personas detectadas a las autoridades de un tercer Estado*

Por último, existe otra medida de interceptación frecuente en alta mar que consiste en la retención de las personas a bordo del propio buque detectado hasta su posterior entrega a las autoridades de un tercer Estado. Dicha retención y entrega suele venir acompañada de un uso de la fuerza que, además de estar contemplado por el derecho nacional<sup>814</sup>, debería estar habilitada por una autorización *ad hoc* del Estado del pabellón (artículo 8 Protocolo de Palermo) o por un acuerdo bilateral.

Este tipo de actuaciones han sido abordadas por el TEDH en el ya mencionado caso *Medvedyev y otros c. Francia*, de 18 de julio de 2008, llevado al Tribunal por miembros de la tripulación del barco mercante *The Winner* (registrado en Camboya), cuya tripulación fue retenida a bordo de su propio barco por las autoridades francesas tras confirmar el transporte ilícito de drogas<sup>815</sup>. La particularidad de este caso es que la tripulación del *The Winner* fue confinada en sus camarotes bajo control militar francés y nunca abandonaron el barco camboyano. Dado que la tripulación no embarcó en el buque francés, no se podía aplicar el criterio de la jurisdicción del Estado del pabellón (como por ejemplo en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*). En estas circunstancias, para determinar si la tripulación estaba efectivamente bajo la jurisdicción francesa, en el sentido del artículo

---

<sup>813</sup> En el mismo sentido se puede citar el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Alejandro Jr y otros c. Cuba* de 29 de septiembre de 1999. La Corte resolvió sobre un supuesto en el que dos aviones civiles fueron objeto de disparos por la Fuerza Aérea de Cuba mientras sobrevolaban el espacio aéreo internacional. Al respecto, el Tribunal declaró que «al analizar los hechos, encuentra que las víctimas perecieron como consecuencia de acciones directas de agentes del Estado cubano en espacio aéreo internacional. La circunstancia de que los hechos hayan ocurrido fuera de la jurisdicción cubana no restringe ni limita la competencia *ratione loci* de la Comisión por cuanto, como ya se ha señalado, cuando agentes de un Estado, ya sean militares o civiles, ejercen poder y autoridad sobre personas situadas fuera del territorio nacional, continúa su obligación de respetar los derechos humanos, y en este caso los derechos consagrados en la Declaración Americana. A juicio de la Comisión, existen suficientes evidencias que demuestran que los agentes del Estado cubano, a pesar de estar fuera de su territorio, sometieron bajo su autoridad a los pilotos civiles».

<sup>814</sup> A título de ejemplo, el artículo 7 *Decreto Ministerio dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, titulado «Norme di comportamento» [aplicable durante el ejercicio de la actividad de vigilancia marítima, independientemente del espacio marítimo donde se efectúe], dispone que «(...) ove si renda necessario l'uso della forza, l'intensità, la durata e l'estensione della risposta devono essere proporzionate all'intensità dell'offesa, all'attualità e all'effettività della minaccia».

<sup>815</sup> Previamente, el Ministro camboyano de asuntos exteriores había dado su consentimiento a las autoridades francesas para actuar, interceptar, inspeccionar y tomar acciones legales contra *The Winner*.

1 de la Convención, el TEDH evaluó si las fuerzas francesas habían ejercido suficiente control sobre el barco y su tripulación. Al respecto concluyó que «el barco militar francés estaba específicamente instruido por las autoridades navales francesas para interceptar el *The Winner* (...) [y] cuando abordaron el *The Winner*, el comando francés estuvo obligado a usar sus armas para defenderse a sí mismos y mantuvo a los miembros de la tripulación bajo su guarda exclusiva y los confinaron en sus camarotes durante el viaje a Francia (...). Por ello el Tribunal considera que, siendo este el caso de Francia ejerciendo un control completo y exclusivo sobre el *The Winner* y su tripulación, al menos *de facto*, desde el momento de la interceptación, de una manera continuada e ininterrumpida hasta que llegaron a Francia, los solicitantes estaban bajo la jurisdicción francesa en el sentido del artículo 1 de la Convención» (apartados 66 y 67).

De este pronunciamiento se puede deducir que cuando los Estados miembros interceptan en alta mar un barco con migrantes y lo retienen por la fuerza hasta que otro Estado se hace cargo de las personas a bordo (ya sea el de pabellón del buque interceptado, ya sea otro Estado con el que tengan algún tipo de acuerdo de colaboración en materia migratoria), podría producirse, si se trata de un «control completo y exclusivo (...) al menos *de facto*», un ejercicio de jurisdicción que permitiría la aplicación del CEDH.

Este análisis de la posible aplicabilidad del Convenio a las diferentes modalidades de interceptación tiene por finalidad, como hemos anticipado, valorar si dichas medidas podrían suponer una vulneración de sus preceptos:

- Respecto a las expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo n.º 4 CEDH) y al correlativo derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), del precedente sentado en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* se deduce que, en el caso de que la medida se haya producido sin una identificación e individualización de las circunstancias de cada persona, se podrían considerar vulnerados ambos derechos, aunque se trate de actuaciones extraterritoriales. Por tanto, en el caso de que las circunstancias del caso concreto permitieran confirmar el ejercicio de jurisdicción del Estado parte del CEDH, de acuerdo con los criterios expuestos en los apartados anteriores, la vulneración se producirá independientemente de si se trata de una desviación pacífica hacia el puerto de origen, de un bloqueo del buque para que no continúe hacia el mar territorial, de la devolución a otro Estado (*Hirsi*

*Jamaa y otros c. Italia*) o la retención y puesta a disposición de las autoridades de un tercer Estado.

- Respecto a la vulneración del principio de no devolución (artículo 3 CEDH), la situación es diferente. Mientras que el mero bloqueo no implica la devolución a ningún Estado en concreto, tanto la desviación pacífica hacia el puerto de origen como la retención o detención para la devolución a un tercer Estado sí que podrían implicar la vulneración del mencionado precepto. Eso sí, sería necesario demostrar que la puesta a disposición de un tercer Estado o de sus autoridades implica un riesgo para la vida o la libertad de los migrantes detenidos o desviados.

### 5.3 Las operaciones de interceptación en el mar territorial de terceros Estados

#### 5.3.1 Contextualización de las medidas de interceptación en el mar territorial de terceros Estados

En el caso de las medidas de interceptación llevadas a cabo en el mar territorial de terceros Estados, nos seguimos encontrando ante actividades administrativas materiales de los Estados miembros realizadas en ejecución del artículo 13 CFS 2016. En concreto, al igual que en el caso de las actuaciones llevadas a cabo en la zona contigua y en alta mar, se trata de medidas de interceptación de naturaleza preventiva que pretenden evitar que se produzca el cruce irregular del límite exterior del mar territorial de un Estado miembro<sup>816</sup>.

En este caso, la evitación del cruce no autorizado se consigue mediante la detención y devolución de los migrantes detectados al Estado desde donde partió el buque y en cuyas aguas se ha interceptado. No obstante, conviene señalar una diferencia esencial en relación con los supuestos analizados hasta el momento: para adoptar la medida de interceptación en cuestión se precisa la colaboración del Estado donde se localiza el origen del flujo migratorio. No nos referimos únicamente a la necesidad de un título habilitante para ejercer potestades de vigilancia en un espacio que se encuentra bajo la soberanía de otro Estado (lo cual ocurre también en alta mar con los buques que enarbolan pabellón extranjero), sino que, como resulta del contenido de los acuerdos bilaterales analizados, en la mayoría de los casos se precisa una cooperación operativa, o incluso una dirección efectiva, de las autoridades nacionales competentes en materia de control

---

<sup>816</sup> Por ejemplo, el objeto del Acuerdo España-Cabo Verde es, precisamente, establecer las condiciones para la vigilancia y patrullaje conjuntos de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de dicho país (artículo 1), pero con la finalidad evidente de proteger las fronteras españolas.

fronterizo del Estado en cuyas aguas se desarrollan estas actividades. Esta circunstancia altera significativamente el régimen jurídico de la actuación en cuestión, pues ya no se trata de una coacción directa realizada exclusivamente de conformidad con el Código de Fronteras Schengen y con las normas de un determinado Estado miembro en desarrollo de aquel, sino que en estos casos rigen también las previsiones del ordenamiento jurídico del Estado en cuyo mar territorial se realiza la interceptación. Este hecho, como comprobaremos a continuación, tiene una incidencia sustancial en lo que respecta a las garantías aplicables a estas actividades.

#### 5.3.2 La inaplicación de la Directiva Retorno y la Directiva sobre Procedimientos de Asilo a las medidas de interceptación realizadas en el mar territorial de terceros Estados y la aplicación de la CDFUE

En relación con el Derecho de la Unión Europea, las conclusiones serían coincidentes con las alcanzadas en el epígrafe anterior. Pese a la inaplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo y la Directiva Retorno por motivos de extraterritorialidad, lo cierto es que nos seguimos encontrando ante actuaciones de los Estados miembros realizadas en ejecución del artículo 13 CFS 2016. Por ello, como venimos argumentando en epígrafes anteriores, deben observarse los derechos garantizados por la CDFUE. El hecho de que la autoridad que adopta las decisiones operativas sea de otro Estado no niega que dichas actuaciones deriven de acuerdos que tienen por finalidad la regulación de actividades de control fronterizo por parte de los Estados miembros de la Unión, en las que participan las autoridades competentes para la vigilancia fronteriza de los Estados miembros y cuya realización material depende de recursos técnicos y humanos de los Estados miembros.

#### 5.3.3 La compatibilidad de las medidas de interceptación en el mar territorial de terceros Estados con el CEDH. De nuevo, la compleja cuestión de la su aplicabilidad

Continuando con la metodología seguida hasta el momento, es necesario analizar si mediante estas operaciones llevadas a cabo en el mar territorial de terceros Estados se podría vulnerar, además de la CDFUE, algún precepto del CEDH. No obstante, como siempre, en primer lugar es necesario determinar si el citado Convenio resulta aplicable a este tipo de actuaciones.

Como se ha señalado en epígrafes precedentes, la regla general es que el CEDH resulte aplicable a las actuaciones de los Estados parte llevadas a cabo en el ámbito de su

jurisdicción territorial. No obstante, también hemos expuesto que, en algunas ocasiones y concurriendo determinadas circunstancias, es posible una aplicación extraterritorial del Convenio. Hasta el momento, se ha afirmado la aplicabilidad del Convenio cuando el Estado miembro lleva a cabo una actuación en un determinado espacio marítimo donde el Derecho Internacional le reconoce «derechos soberanos» para ejercer controles migratorios (mar territorial y zona contigua), e incluso fuera de dichos espacios, cuando ejerce un control efectivo sobre las personas (detención de un buque en alta mar y puesta a disposición de las autoridades de un tercer Estado). Por último, también se ha puesto de manifiesto el debate jurisprudencial y doctrinal existente sobre si se puede apreciar un ejercicio de jurisdicción cuando no median derechos soberanos ni control físico, existiendo un control efectivo muy reducido o prácticamente inexistente (bloqueo del paso en alta mar o desviación sin uso de la fuerza).

En el caso de las operaciones marítimas de interceptación en aguas de terceros Estados es necesario analizar otro criterio complementario de determinación de la jurisdicción extraterritorial: el control efectivo sobre un determinado territorio. Son numerosos los casos en los que el TEDH ha decidido apreciar un ejercicio de jurisdicción extraterritorial cuando el Estado parte ejercía un control efectivo sobre el territorio de un tercer Estado. Por ejemplo, en la STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Loizidou c. Turquía*, en la que el Tribunal examinaba un caso en el que un nacional chipriota fue detenido por soldados turcos en la República Turca de Chipre del Norte, la sentencia determinó que, dado que Turquía ejercía un «control efectivo» sobre el norte de Chipre, era responsable de la violación. Concretamente, el Tribunal estimó que «de conformidad con los principios del Derecho Internacional que gobiernan la responsabilidad de los Estados, la responsabilidad de un Estado parte puede surgir también como consecuencia de una acción militar -legal o ilegal- conforme a la cual ejerce un control efectivo en un área fuera de su territorio nacional»<sup>817</sup>.

Las circunstancias de los casos objeto de este estudio no son completamente asimilables a las existentes en Chipre y Turquía, ya que no cabe afirmar que Italia o España tengan el control efectivo sobre el mar territorial de Libia o Cabo Verde. No obstante, la jurisprudencia del TEDH sobre el control territorial efectivo como criterio determinante del ejercicio de jurisdicción no se reduce exclusivamente al caso relatado.

---

<sup>817</sup> STEDH *Loizidou c. Turquía*, de 18 de diciembre de 1996, as. 15318/89, ap. 52.



En el caso *Bankovic*, el Tribunal estimó que «la jurisprudencia del Tribunal demuestra que puede reconocerse ejercicio de jurisdicción extraterritorial de un Estado parte (...), mediante el control efectivo sobre un territorio y sus habitantes como consecuencia de una ocupación militar o cuando a través del consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno de ese territorio, ejerce todos o algún tipo de potestad pública normalmente ejercida por dicho gobierno» (ap. 71).

Respecto a la primera modalidad, cuando el control efectivo sobre el territorio es tan patente, no es necesario demostrar siquiera un control efectivo sobre las personas por parte del Estado firmante del CEDH para determinar la existencia de jurisdicción. En este sentido, en el caso *Chipre c. Turquía*, el Tribunal afirmó que Turquía tenía tal control efectivo sobre la República Turca de Chipre del Norte que su responsabilidad no se podía reducir a los actos de sus propios agentes, sino también a los actos de la administración local que sobrevivía gracias al apoyo turco<sup>818</sup>.

No obstante, las actividades de interceptación desarrolladas por España o Italia en aguas territoriales de Cabo Verde o Libia se asemejan más a la segunda modalidad de control territorial recogida en *Bankovic* («consentimiento, invitación o aquiescencia» del gobierno del territorio para ejercer una potestad pública normalmente ejercida por este). Como se ha explicado previamente, al menos en el caso hispano-caboverdiano, no existen dudas de que los acuerdos bilaterales son auténticas autorizaciones para la realización de patrullajes en aguas jurisdiccionales de otro Estado<sup>819</sup>. En este sentido, el acto de un Estado permitiendo a otro llevar a cabo controles migratorios en su territorio supone una cesión o delegación del ejercicio de un poder público normalmente ejercido por aquel<sup>820</sup>. La pregunta que toca responder es si la presencia de un oficial de nacionalidad de Cabo Verde con capacidad de mando efectiva en un barco español con tripulación española desvirtúa esa segunda modalidad de control efectivo que llevaría a considerar aplicable el CEDH.

---

<sup>818</sup> Decisión de admisibilidad *Bankovic y otros c. Bélgica y otros* de 12 de diciembre de 2001, as. 52207/99, ap. 70.

<sup>819</sup> Más dudas existen respecto a los acuerdos entre Italia y Libia, en los cuales se señalaba que la presencia de las autoridades italianas en aguas territoriales libias era con una finalidad exclusiva de adiestramiento (artículo 1.3 *Protocollo Aggiuntivo Técnico-Operativo*): «durante tutto l'indicato periodo addestrativo, i predetti mezzi navale effettuaranno, con equipaggi misti, coricere esclusivamente non operative»).

<sup>820</sup> Anja KLUG y Tim HOWE, «The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures», cit., p. 94.

El TEDH ha afirmado en su jurisprudencia que la noción de jurisdicción estatal en el contexto de los derechos humanos está basada en una racionalidad protectora. Por ejemplo, en el caso *Issa c. Turquía*, el TEDH afirmó que la jurisdicción del Estado «no puede ser interpretada de manera que permita a los Estados parte perpetrar violaciones de derechos humanos en otro territorio que no podrían perpetrar en su propio territorio»<sup>821</sup>. Pese a esta jurisprudencia y, sobre todo, pese a que la proporción de tripulantes españoles y caboverdianos en los barcos españoles empleados para el patrullaje conjunto es de 8 a 2<sup>822</sup>, parece que el hecho de que los acuerdos bilaterales afirmen que el comando de las operaciones de interceptación está reservado a los oficiales caboverdianos permite concluir que el control efectivo de la situación es de Cabo Verde y que, por tanto, España no está ejerciendo una jurisdicción que permita aplicar el CEDH. Tampoco sería aplicable la regla de Derecho Internacional del Mar relativa a la jurisdicción del Estado del pabellón, empleada por el propio TEDH en otras ocasiones, ya que esta última no resultaría de aplicación a aguas bajo la soberanía de un Estado, sino únicamente en alta mar<sup>823</sup>.

Pese a la aparente inaplicabilidad del CEDH a los casos descritos MORENO LAX argumenta, en relación con el principio de no devolución, que «el hecho de que un oficial senegalés o mauritano siempre esté presente a bordo de los barcos de los Estados miembros o que los oficiales de la guardia costera libia se encuentren en los barcos italianos no les libera [a las autoridades de los Estados miembros de la Unión] de ser responsables de la devolución (...)»<sup>824</sup>. Esta autora trataría así de afirmar la responsabilidad de Italia y España en estos casos, asumiendo que son los estos Estados los que tienen realmente el control efectivo material de las operaciones por delegación o

<sup>821</sup> STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Issa y otros c. Turquía*, as.31821/96, ap. 10.

<sup>822</sup> Según fuentes del Ministerio del Interior, la patrullera de altura «Río Duero» desplegada en las operaciones contaba con 8 tripulantes de la Guardia Civil y 2 de la gendarmería mauritana. [http://www.interior.gob.es/es/web/interior/noticias/detalle//journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_1YSSI3xiWuPH/10180/1143636/?redirect=http%3A%2F%2Fwww.interior.gob.es%2Fes%2Fprensa%2Fnoticias%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_GHU8Ap6ztgsg%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn2%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26\\_101\\_INSTANCE\\_GHU8Ap6ztgsg\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_GHU8Ap6ztgsg\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_GHU8Ap6ztgsg\\_delta%3D10%26p\\_r\\_p\\_564233524\\_resetCur%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_GHU8Ap6ztgsg\\_cur%3D1686%26\\_101\\_INSTANCE\\_GHU8Ap6ztgsg\\_andOperator%3Dtrue](http://www.interior.gob.es/es/web/interior/noticias/detalle//journal_content/56_INSTANCE_1YSSI3xiWuPH/10180/1143636/?redirect=http%3A%2F%2Fwww.interior.gob.es%2Fes%2Fprensa%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_GHU8Ap6ztgsg%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_GHU8Ap6ztgsg_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_GHU8Ap6ztgsg_keywords%3D%26_101_INSTANCE_GHU8Ap6ztgsg_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_GHU8Ap6ztgsg_cur%3D1686%26_101_INSTANCE_GHU8Ap6ztgsg_andOperator%3Dtrue) [Consultado por última vez el 02/05/2019].

<sup>823</sup> Recordemos que, de conformidad con el artículo 92.1 CNUDM «Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, *en la alta mar*, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado».

<sup>824</sup> Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea», cit., p. 200.

autorización del tercer Estado. Todo ello se basaría en la presunción, no demostrada, de que el mando de los oficiales de los terceros Estados en cuyo mar territorial se producen las actuaciones es tan solo aparente o ficticio, con la única finalidad de eludir responsabilidades por parte de los Estados europeos. No obstante, no se puede obviar que, en virtud de los acuerdos, las autoridades de los Estados miembros únicamente están capacitadas para intervenir si el oficial del tercer Estado da el consentimiento y únicamente dentro del ámbito delimitado por aquel. Por tanto, el oficial retiene en su poder la toma de decisiones mientras que el Estado miembro que realiza la operación ejerce esos poderes.

La atribución de responsabilidad a un Estado por medio de poderes delegados ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia del TEDH. En concreto, nos referimos al caso *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*<sup>825</sup>, ya analizado en el Capítulo III, pero que conviene recordar. Como ya indicamos, en estos dos asuntos (acumulados) los recurrentes alegaban vulneraciones de los artículos 2, 5 y 13 CEDH por parte de Francia, Alemania y Noruega, en calidad de miembros de la UNMIK (*UN Mission in Kosovo*)<sup>826</sup>. No obstante, los dos recursos fueron declarados inadmisibles por considerar el tribunal que los Estados se encontraban ejecutando un mandato del Consejo de Seguridad de la ONU, por lo que «los actos eran atribuibles a la Naciones Unidas» (ap. 141). Según el TEDH, y como ya expusimos, la clave en estos casos había sido que el Consejo de Seguridad retenía la autoridad y control de la operación, siendo el comando operativo únicamente una delegación<sup>827</sup>. En definitiva, puede afirmarse que cuando los Estados están ejecutando un mandato impuesto por otro sujeto de Derecho Internacional, el criterio que determina la aplicación del CEDH no es tanto el control efectivo como «el control y autoridad últimos»<sup>828</sup>.

---

<sup>825</sup> Decisión de admisibilidad de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, as. acumulados 71412/01 y 78166/01.

<sup>826</sup> Recordemos que el caso *Behrami* versaba sobre la muerte de dos chicos debido a la explosión de una mina de las fuerzas francesas desplegadas en Kosovo y el caso *Saramati* denunciaba el internamiento del Sr. Saramati por las fuerzas alemanas y noruegas desplegadas en el mismo país.

<sup>827</sup> *Ibidem*, aps. 132 y 133.

<sup>828</sup> Conviene aclarar que no siempre que los Estados actúan en el contexto de misiones de las Naciones Unidas el TEDH se ha declarado incompetente. En la STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, as. 27021/08 se juzgaba una posible vulneración del artículo 5 CEDH por la detención del sr. Al-Jedda por parte de las fuerzas armadas británicas en Iraq. En este caso, el Tribunal entendió que «El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no tenía ni el control efectivo ni la última autoridad y control sobre los actos y omisiones de las tropas en las fuerzas multinacionales» (ap. 84), y ello pese a que la presencia de las fuerzas multinacionales en Iraq fue autorizada por una Resolución del Consejo de Seguridad en 2004. En el mismo sentido, se podría traer a colación el caso *Jaloud c. Países Bajos* de 20 de noviembre de 2014, n.º 47708/08, también comentado más atrás, en el que el TEDH consideró que la muerte de una iraquí por

Partiendo de esta jurisprudencia del TEDH, parece que los actos de la Guardia Civil relativos a la vigilancia fronteriza realizados en ejecución de las órdenes de las autoridades caboverdianas presentes en sus embarcaciones no podrían ser atribuibles a España y, por lo tanto, no podrían ser enjuiciables por parte del TEDH. Entendemos que en estos casos nos encontramos ante meras ejecuciones de una orden o mandato de otro sujeto de Derecho Internacional, en sus aguas jurisdiccionales y en situaciones en las que mantiene el control de la situación.

Vista la dificultad para determinar la aplicación del CEDH a las actuaciones objeto de análisis en este epígrafe conforme a los criterios clásicos de ejercicio de jurisdicción y atribución de responsabilidad, queda señalar un criterio que, si bien no ha sido explícitamente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina, puede extraerse de alguna resolución aislada del TEDH. En efecto, los acuerdos internacionales que han sido analizados en este Capítulo demuestran que los Estados miembros tratan de poner solución a la escasez de medios materiales, técnicos y humanos de los Estados de origen y tránsito de flujos migratorios mediante dotaciones de medios materiales, formación de personal, subvenciones extraordinarias, etc. Ello nos lleva a pensar que, si bien no existe un control efectivo sobre el territorio ni sobre las personas (porque los oficiales extranjeros mantienen la dirección de las operaciones) sí se podría contemplar que, en algunos casos, el Estado miembro podría tener un control efectivo funcional o material sobre la política migratoria y la seguridad de las fronteras de los Estados de origen de flujos migratorios. Sobre todo, cuando dichos Estados pueden ser calificados como Estados fallidos, como es el caso de Libia. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH contenida en *Ilascu c. Moldavia y Rusia*<sup>829</sup> se puede afirmar que, en algunos casos como el ítalo-libio, Italia tiene una «decisiva influencia» sobre dichas políticas, las cuales sobreviven «en virtud del apoyo militar, económico, financiero y político» de Italia.

Siendo el control efectivo funcional sobre una determinada política o potestad de otro Estado un criterio de ejercicio de jurisdicción algo novedoso, se podría considerar

---

los disparos recibidos cuando su coche pasaba por un *Check Point* controlado por Países Bajos en Iraq atraía la jurisdicción de este último Estado en el sentido del artículo 1 CEDH.

<sup>829</sup> STEDH *Ilascu c. Moldavia y Rusia*, de 8 de julio de 2004, as.48787/99, ap. 392. En este caso, ante unos hechos sucedidos en la autoproclamada y secesionista República Moldava de Transdnistria, el TEDH determinó que tanto Moldavia como Rusia eran responsables porque entre 1991 y 1992 los órganos de poder y la propia Administración del país estaban bajo la autoridad efectiva o, al menos, bajo la decisiva influencia de la Federación Rusa, y, en cualquier caso, sobrevivían en virtud del apoyo militar, económico, financiero y político de dicho país.

aplicable a este caso. Si los criterios tradicionales que determinan la aplicación extraterritorial del CEDH no se pueden emplear en situaciones en las que, sin embargo, hay una manifiesta influencia o participación del Estado en cuyas aguas se desarrollan las actividades de interceptación, el TEDH debe encontrar otras soluciones que permitan solucionar los problemas derivados del momento histórico que se está viviendo en Europa.

Ahora bien, es necesario puntualizar que la mera provisión de medios materiales sería un requisito necesario, pero no suficiente, para entender que Italia o España tienen el control efectivo sobre la política de control fronterizo de un tercer Estado. Para entender aplicable el principio del control efectivo funcional sería necesario demostrar que los Estados miembros tienen poder de decisión real sobre dicho ámbito en el tercer Estado en cuestión. Al respecto, cabe destacar que el artículo 2 del *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, de 2 de febrero de 2017, establece que «Le Parti si impegnano altresì a intraprendere azioni nei seguenti settori: 1) completamento del sistema di controllo dei confini terrestri del sud della Libia, secondo quanto previsto dall'articolo 19 del Trattato summenzionato»<sup>830</sup>. Para ello, «Al fine di conseguire gli obiettivi di cui al presente Memorandum, le parti si impegnano a istituire un comitato misto composto da un numero di membri uguale tra le parti, per individuare le priorità d'azione, identificare strumenti di finanziamento, attuazione e monitoraggio degli impegni assunti» (artículo 3 Memorando de 2017). Quizás el último precepto, concretamente de la intervención de Italia a través del Comité Mixto en las decisiones sobre «las acciones prioritarias» en relación con el establecimiento de un sistema de control de las fronteras terrestres libias que ella misma financia podría ser interpretado como ese margen de decisión necesario para entender que hay un control efectivo funcional sobre la política de control de fronteras libia.

---

<sup>830</sup> En virtud del artículo 19.2 del *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista*, de 23 de octubre de 2008 «Sempre in tema di lotta all'immigrazione clandestina, le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche. Il Governo italiano sosterrà il 50% dei costi, mentre per il restante 50% le due Parti chiederanno all'Unione europea di farsene carico, tenuto conto delle Intese a suo tempo intervenute tra la Grande Giamahiria e la Commissione europea».

En definitiva, resulta especialmente complejo determinar si el CEDH es aplicable a situaciones en las que un Estado parte ejecuta decisiones tomadas por un agente de un Estado en el mar territorial de dicho Estado. En el caso de que pudiera afirmarse la aplicación del CEDH, bastaría entonces con remitirse a los anteriores epígrafes para valorar si se vulneraría la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH), el principio de no devolución (artículo 3 CEDH) y, anudado a lo anterior, el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH).

## **6. UNA ALTERNATIVA QUE PERMITIRÍA EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE VIGILANCIA MARÍTIMA EXTRATERRITORIAL**

Teniendo en cuenta los obstáculos existentes para aplicar el CEDH extraterritorialmente y comprobada la inaplicación de la Directiva Retorno y la Directiva sobre Procedimientos de Asilo a las medidas de interceptación extraterritoriales, consideramos necesario habilitar una solución que permita hacer compatible la vigilancia extraterritorial llevada a cabo por los Estados miembros de la Unión en ejecución del artículo 13 CFS 2016 con los derechos de los solicitantes de protección internacional. El propósito, al fin y al cabo, es impedir la huida de la normativa europea en materia asilo que provoca la utilización de un concepto operativo de frontera exterior marítima.

Como hemos tratado de anticipar en este Capítulo, la solución pasaría, bien por aplicar analógicamente a estas actividades de vigilancia las garantías que prevé el CFS 2016 para las inspecciones fronterizas extraterritoriales, o bien por configurar un régimen jurídico propio de la vigilancia extraterritorial y las garantías que le serían aplicables.

En principio, dicha configuración sería sencilla, pues podría tomarse como referencia el régimen de los pasos fronterizos comunes dispuesto en el Anexo VI CFS 2016. El resultado sería, aproximadamente un precepto del siguiente tenor: «(...) los Estados miembros podrán celebrar acuerdos con arreglo a los cuales las inspecciones [en nuestro caso, la vigilancia] podrán efectuarse asimismo durante el trayecto que realice el buque (...) respetando los principios establecidos en el punto 1.1.4» (Punto 3.1.1 del Anexo VI del CFS 2016).

Entre dichos principios, el relativo a la protección internacional quedaría redactado de la siguiente forma: «a un nacional de un tercer país que haya sido sometido a un control de salida por los agentes de la guardia de fronteras del tercer país y solicite

posteriormente protección internacional a los agentes de la guardia de fronteras de un Estado miembro presentes en el tercer país [en nuestro caso, “durante el trayecto que realice el buque”], se le dará acceso a los trámites pertinentes de los Estados miembros de conformidad con el acervo de la Unión en materia de asilo». Podría esgrimirse que las personas que viajan clandestinamente en buque no han sido sometidas «a un control de salida por los agentes de la guardia de fronteras del tercer país», lo que invalidaría la protección ofrecida por este precepto. Sin embargo, asumir esta interpretación sería tanto como afirmar que la salida clandestina de un refugiado del país del que huye impide la aplicación de las garantías del Derecho de la Unión, lo cual sería un sinsentido teniendo en cuenta que, en muchos casos, precisamente de lo que se huye es de las autoridades del tercer país.

## **CAPÍTULO VI. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS OPERACIONES DE INTERCEPTACIÓN EN OPERACIONES DE SALVAMENTO**

### **1. DIFERENCIA ENTRE OPERACIONES DE INTERCEPTACIÓN Y OPERACIONES DE SALVAMENTO. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO MIGRATORIO**

Como señala CARDIEL OJER, la inmigración irregular por vía marítima constituye un fenómeno caracterizado por una gran complejidad debido a que confluyen dos áreas de actuación distintas: los aspectos relacionados con el control fronterizo y la vertiente humanitaria derivada de la necesidad de llevar a cabo operaciones de salvamento marítimo<sup>831</sup>. Esta circunstancia obliga a diferenciar, al menos *a priori*, dos tipos de actuaciones relacionadas con la inmigración irregular por vía marítima: las operaciones de interceptación de buques sospechosos de tráfico ilícito de migrantes y las operaciones de salvamento de las llamadas embarcaciones de fortuna que se encuentren en situación de peligro.

La actividad administrativa de interceptación fue definida en el Capítulo III como el conjunto de medidas tendentes a reaccionar, por medio de la coacción directa, frente a los cruces de la frontera exterior de la Unión Europea no autorizados, tanto los consumados (interceptación correctiva) como en grado de tentativa (interceptación preventiva). Por su parte, las operaciones de salvamento marítimo son aquellas consistentes en «rescatar a personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro»<sup>832</sup>.

Como primer aspecto diferencial es necesario destacar que la normativa aplicable a las operaciones de salvamento es sustancialmente diferente a la de las operaciones de interceptación marítimas. Visto el régimen jurídico correspondiente a estas últimas en los Capítulos III y V, conviene destacar en esta sede que, salvo la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (CNUDM), que es aplicable

---

<sup>831</sup> Cándido CARDIEL OJER, «La frontera exterior: una aproximación al problema de la inmigración ilegal», *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 35, 2007, p. 67.

<sup>832</sup> Punto 1.3.2 del Anexo al Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979.

Cabe mencionar que en el artículo 9 del Reglamento (UE) n.º 656/2014 sobre normas de vigilancia para la cooperación operativa coordinada por Frontex las operaciones de salvamento se definen más ampliamente como aquellas consistentes en «prestar asistencia a cualquier embarcación o persona en peligro en el mar independientemente de su nacionalidad, estatus o circunstancias en las que sea encontrada de acuerdo con el derecho internacional y el respeto a los derechos fundamentales».



en ambos casos, el rescate marítimo se rige por su propia *lex specialis*, la cual viene constituida por el Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979 (en adelante Convenio de Hamburgo o Convenio SAR, por las siglas en inglés *Search and Rescue*), y el Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, de 1 de noviembre de 1974, (en adelante Convenio SOLAS, por las siglas en inglés *Safety Of Life At Sea*). Como bien sintetiza O'BRIEN para explicar la relación entre ambos tratados, mientras el Convenio SAR está diseñado para articular un sistema internacional de salvamento marítimo y fomentar la cooperación entre sus Estados parte con el propósito de optimizar las operaciones en las regiones de búsqueda y salvamento, el Convenio SOLAS trata de establecer unos estándares mínimos para la construcción, equipamiento y operatividad de los buques<sup>833</sup>.

Como segundo aspecto distintivo destacable entre las operaciones de interceptación y las operaciones de salvamento se puede señalar que, mientras las primeras son realizadas por buques de Estado en ejercicio de la potestad soberana que permite a los Estados controlar quién entra en su territorio y bajo qué condiciones, las segundas pueden y deben ser realizadas por cualquier embarcación consciente de una situación de peligro en el mar. Centrándonos únicamente en los Estados, en el contexto de la inmigración clandestina, la decisión de llevar a cabo un tipo de operación u otra viene motivada principalmente por la naturaleza de la embarcación utilizada por los migrantes para alcanzar el país de destino. Dado que las pateras, cayucos, balsas de goma y embarcaciones similares, a las que, en adelante, nos referiremos como «embarcaciones de fortuna», no cumplen con el equipamiento, las dimensiones y la estructura necesarias para navegar, la mayor parte de la doctrina coincide en que su innavegabilidad supone objetivamente una situación de peligro<sup>834</sup>. Ante tales situaciones de peligro, lo que impone el Derecho Internacional -como veremos con posterioridad- es una operación de salvamento, no de interceptación.

En principio, la distinta finalidad de las dos operaciones es clara: las operaciones de interceptación pretenden reaccionar frente a los cruces de frontera no autorizados y las

---

<sup>833</sup> Killian O'BRIEN, «Refugees on the high seas: International Refugee Law Solutions to a law of the sea problem», *Goettingen Journal of International Law* 3, 2, 2011, p. 721.

<sup>834</sup> Es el caso de Patricia MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security Through the Creation of a Cooperative Framework*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, p. 98. En todo caso, debe retenerse que el punto 3.1 del Anexo al Convenio SAR define como peligro la «situación en la cual existe la convicción justificada de que un buque o una persona están amenazados por un peligro grave o inminente y necesitan auxilio inmediato».

operaciones de salvamento tienen por objeto salvar vidas humanas. No obstante, como veremos a continuación, la distinción en el contexto migratorio no es tan sencilla. Téngase en cuenta que, entre las personas que viajan en embarcaciones de fortuna con destino a la Unión Europea, se distingue, en esencia, entre aquellos que lo hacen por motivos económicos y aquellos otros que pretenden solicitar protección internacional. La única razón que provoca que, en lugar de una operación de interceptación, sean objeto de un rescate es la vulnerabilidad del medio empleado para navegar. Es decir, el motivo que transforma el régimen jurídico que les es aplicable a los migrantes y, por tanto, su estatus jurídico (de interceptados a rescatados) son las circunstancias en las que viajan, no el motivo por el que viajan. Ello provoca, cuando son detectados por las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza, que se sustituyan las medidas de interceptación por las propias de una operación de salvamento marítimo. Sustitución que no es baladí, ya que algunos viajeros (concretamente los que viajan por motivos económicos) suelen resultar beneficiados de dicho cambio debido a que la operación de rescate les permite entrar en la Unión sorteando los controles fronterizos a los que, con carácter general, estarían sometidos. Nos referimos, principalmente, a las inspecciones realizadas en los puestos fronterizos para comprobar el cumplimiento de las condiciones de entrada a la Unión Europea y a las medidas de interceptación que tienen como consecuencia una denegación de entrada material (*vid.* Capítulo V).

Conscientes de las consecuencias de esta mutación de las operaciones de interceptación en operaciones de salvamento, en muchos casos los Estados miembros despliegan sus medios para rescatar la embarcación en peligro pero, al mismo tiempo, intentan evitar a toda costa que la operación finalice en sus respectivos territorios. Entre los mecanismos utilizados para evitar que la operación termine en el Espacio Schengen se encuentran la celebración de acuerdos con los países de origen y tránsito de flujos migratorios, la denegación de la autorización de desembarco en los puertos de la Unión Europea, la omisión de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional en materia de salvamento y otros medios que serán analizados en este capítulo. El común denominador de estas medidas es que, en la mayoría de los casos, se acaba produciendo la devolución de los migrantes rescatados a los países de donde partieron, tratando de evitar así que los rescatados se beneficien del cambio de régimen jurídico que provoca la utilización de una embarcación de fortuna para llegar a la Unión Europea por vía marítima. No obstante, este *modus operandi*, teniendo en cuenta que en la mayoría de los

casos nos encontramos con flujos mixtos de migrantes económicos y solicitantes de protección internacional, puede llevar a la vulneración de principios y derechos fundamentales reconocidos en los Derechos nacionales, en el Derecho de la Unión Europea y en la normativa internacional de protección de los derechos humanos.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el 91% de las embarcaciones utilizadas por los traficantes para concertar los viajes a la Unión Europea no son aptas para la navegabilidad<sup>835</sup>, por lo que nos encontramos con que prácticamente la totalidad de los migrantes que tratan de alcanzar nuestras costas son personas sobre las que existe una obligación de rescate. Ello significa que únicamente se podrían realizar operaciones de interceptación sobre el 9% restante de los intentos de entrada irregular. Atendiendo a las cifras, si todas las operaciones de rescate concluyeran en los puertos de la Unión Europea la efectividad de los controles migratorios se reduciría enormemente, lo cual afectaría al derecho de todo Estado a determinar quién puede entrar en su territorio y bajo qué condiciones. Sin ir más lejos, parece que en todos estos casos de rescate el artículo 5 CFS 2016, en virtud del cual «Las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas», y el artículo 6 CFS 2016, relativo a las condiciones de entrada, quedarían vacíos de contenido. Bien es cierto que el artículo 5 CFS 2016, en su apartado segundo, contempla que «No obstante lo dispuesto en el apartado 1, podrá eximirse de la obligación de cruzar las fronteras exteriores únicamente por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas a: personas o grupos de personas, en el supuesto de que se dé alguna situación imprevista de emergencia». Podríamos considerar que el rescate de una embarcación en peligro de naufragar es una situación de emergencia que permite excepcionar la aplicación de la regla general de entrada en la Unión Europea. No obstante, no se puede obviar que las mafias que trafican con inmigrantes son plenamente conscientes del cambio jurídico que provoca la utilización de embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea. Por tanto, el análisis jurídico de las operaciones de salvamento debe tomar plenamente en consideración la existencia de situaciones creadas artificialmente por algunos sujetos con

---

<sup>835</sup> Comisión Europea, *Irregular Migration via the Central Mediterranean. From Emergency Responses to Systematic Solutions*, European Political Strategy Center (EPSC), Issue 22, de 2 de febrero de 2017, p. 7. Concretamente, basándose en datos de la operación Tritón, el Informe afirma que el 70% de las embarcaciones utilizadas por los traficantes son de goma, el 21% de madera, el 7% de pesca y el 2 % restante son veleros.

el fin de lograr que se les apliquen normas más ventajosas que las que les corresponderían con carácter ordinario.

## **2. EL DEBER DE PRESTAR ASISTENCIA A BUQUES EN PELIGRO EN EL MAR**

El Derecho Internacional impone la obligación de prestar auxilio a las personas que se encuentren en situación de peligro en el mar. Concretamente, el artículo 98.1 CNUDM establece que «Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros: a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar; b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo (...)». Por otra parte, el apartado segundo del mismo precepto dispone que «Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales». Tanto la Unión Europea como los Estados miembros se han adherido a la CNUDM sin expresar reservas respecto a estas obligaciones<sup>836</sup>.

---

<sup>836</sup> Es necesario precisar que la CNUDM regula diferentes aspectos conexos con el ámbito marítimo, no exclusivamente el ámbito de salvamento marítimo. Dicho lo anterior, el artículo 2 del Anexo IX de la CNUDM, prevé que «Las organizaciones internacionales podrán firmar esta Convención cuando la mayoría de sus Estados Miembros sean signatarios de ella. En el momento de la firma, la organización internacional hará una declaración en que especificará las materias regidas por la Convención respecto de las cuales sus Estados Miembros que sean signatarios le hayan transferido competencias, así como la índole y el alcance de ellas». En aplicación del precepto reproducido, la Comunidad Europea realizó una Declaración firmada el 23 de junio de 1998 en la que se hizo especial hincapié en las competencias de la entonces Comunidad Europea en materia de pesca y medio ambiente. En el mismo sentido, la Decisión del Consejo de 23 de marzo de 1998 relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención (98/392/CE) señalaba como bases competenciales para la adhesión de la Comunidad Europea a la CNUDM los artículos 43 (Política Agrícola Común), 113 (Política Comercial Común) y 130 S (Medio Ambiente) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En definitiva, la adhesión de la Comunidad Europea a la CNUDM se produjo exclusivamente en relación con las materias en las que los Estados miembros firmantes le habían cedido competencias, no en materia de salvamento. En relación con este último ámbito, como se adelantó en el Capítulo II, no fue hasta la STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, as. C-355/10, cuando el TJUE reconoció implícitamente una competencia de la Unión Europea en materia de salvamento mediante su vinculación a la vigilancia fronteriza (competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en el seno del ELSJ). La mencionada sentencia será objeto de un análisis más exhaustivo en el siguiente Capítulo.

Del artículo 98 CNUDM se desprenden obligaciones tanto para los Estados como para los capitanes de buque que serán analizadas a continuación. No obstante, lo relevante a efectos de este trabajo es que dicha obligación de asistencia es independiente de la naturaleza, estatus o condición de la persona en peligro. Por consiguiente, cubre tanto a migrantes económicos como a solicitantes de protección internacional, así como a cualquier otro pasajero o miembro de la tripulación. Ello tiene como consecuencia de hecho, como acertadamente señalan SOBRINO HEREDIA y OANTA, que el Derecho Internacional del mar «concede a los inmigrantes clandestinos una serie de protecciones y posibilidades que no conocen si en vez de usar la vía marítima utilizan la vía terrestre, en especial aquellos que utilizan embarcaciones de fortuna»<sup>837</sup>. Es decir, el hecho de que exista un deber de asistencia a personas en peligro en el mar es aprovechado por los traficantes para asegurar la llegada de sus desesperados «clientes» a la Unión Europea, ya sea a bordo de buques de las fuerzas públicas, de las ONG o del buque mercante que los rescate. Es más, a sabiendas de que la mayoría de las embarcaciones de fortuna no son capaces de alejarse muchas millas del puerto de origen, las ONG patrullan las aguas territoriales de los terceros Estados de donde parten los migrantes para evitar la pérdida de vidas en alta mar mediante lo que se conoce como «búsqueda activa»<sup>838</sup>.

## 2.1 Obligaciones dirigidas a los Estados en materia de salvamento

### 2.1.1 Exigir a los buques que enarbolan su pabellón que presten auxilio a las personas que se encuentren en peligro en el mar

Del artículo 98.1 CNUDM se deriva la exigencia de que los Estados parte de la Convención obliguen a los buques que enarbolan su pabellón a rescatar a personas que se encuentren en peligro en el mar. No obstante, al no ser una norma de aplicación directa, para dotar de efectividad a dicha obligación es necesario, aunque la CNUDM no lo

---

<sup>837</sup> José Manuel SOBRINO HEREDIA y Gabriela Alexandra OANTA, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», *AFDUDC* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña), 14, 2010, p. 780.

<sup>838</sup> La búsqueda activa consiste en un ejercicio deliberado de actuaciones de salvamento y rescate llevada a cabo por muchas de las ONG que actúan en el Mediterráneo. En puridad, esta búsqueda activa difiere de aquellos casos que contempla el Derecho Internacional cuando regula las obligaciones de asistencia a personas en peligro, casos de salvamento espontáneo u ocasional con motivo de la navegación normal del buque. PUGH compara esta situación con los «subterfugios» que utilizaban los piratas del Mar del Sur de China, utilizando la situación de peligro en el mar como trampa para atraer a sus víctimas (Michael PUGH, «Europe's Boat People: Maritime Cooperation in the Mediterranean», *Chailot Paper*, n.º 41, julio 2000, p. 57).

requiera explícitamente, trasladarla a una norma nacional y reforzar su cumplimiento mediante un sistema de infracciones y sanciones que penalicen su transgresión.

En el caso del ordenamiento español, el artículo 183.3 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM) dispone que «El capitán está obligado a acudir en auxilio de las vidas humanas que se encuentren en peligro en el mar, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su dotación o sus pasajeros, y dejando en todo caso constancia de lo actuado en el Diario de Navegación». Por su parte, el artículo 308 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, TRLPEMM) tipifica como infracción muy grave «j) Las acciones u omisiones del capitán o de los miembros de la dotación del buque que supongan la no prestación o denegación de auxilio a las personas o buques, cuando el mismo sea solicitado o se presuma su necesidad». Para dicha infracción, por tratarse de una actuación contra la seguridad marítima, se prevé una multa de hasta 901.000 euros [artículo 312.3.b)]<sup>839</sup>. Además, el artículo 312.10 TRLPEMM prevé que se pueda «declarar (...) por el Ministro de Fomento, a propuesta de la Dirección General de la Marina Mercante, (...) la suspensión del título profesional [del capitán del buque] (...) por un período entre uno y cinco años». Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera haber incurrido como consecuencia de la omisión del deber de socorro. Recordamos que, en virtud del artículo 195, apartado primero, del Código Penal «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses»<sup>840</sup>. En principio, el último precepto reproducido es fácilmente aplicable en aquellos casos en los que el capitán de un buque se niegue a prestar auxilio a personas que se encuentren en peligro en el mar. No obstante, teniendo en cuenta la existencia de normas de distinta naturaleza que castigan unos mismos hechos, parece necesario plantear la posibilidad de la existencia de un concurso de norma penal (artículo 195.1 CP) y norma

---

<sup>839</sup> Llama la atención que la cuantía es notablemente inferior a la que correspondería por la comisión de infracciones por contaminación del medio marino o de infracciones relativas a la prestación de servicios portuarios, cuyo montante puede ascender a los 3.005.000€. Ello llevaría a que, por ejemplo, «la evacuación deliberada de desechos u otras materias resultante directa o indirectamente de las operaciones normales de los buques (...) en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción (...)» pueda ser castigada más duramente que la omisión de prestar auxilio a personas cuya vida esté en peligro por hundimiento del barco en el que navegan.

<sup>840</sup> En el mismo sentido, el apartado segundo del citado precepto establece que «En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno».

administrativa [artículo 312.3.b) y 312.10 TRLPEMM] susceptible de vulnerar el principio *non bis in idem*<sup>841</sup>, que goza de rango constitucional<sup>842</sup> y reconocimiento legal explícito<sup>843</sup>.

Según el TC, y entre otras consecuencias, «el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos (...)»<sup>844</sup>. Sin embargo, ello se subordina a la existencia de identidad de sujetos, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la penal<sup>845</sup>. En los casos objeto de estudio en este epígrafe existe una innegable identidad entre los sujetos (capitán del buque que se percata del peligro de una persona en el mar) y los hechos (omisión del deber de auxilio) que sancionan el TRLPEMM y el CP. No obstante, cabe preguntarse si el bien jurídico protegido, el fundamento de los dos castigos, es el mismo en ambos casos. En relación con el artículo 195 CP, para algunos penalistas, el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro son bienes jurídicos colectivos como la solidaridad<sup>846</sup> o la seguridad de las personas<sup>847</sup>. Para otros, sin embargo, la tipificación del mencionado delito omisivo trata de proteger bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad física<sup>848</sup>. Coincidimos con BUSTOS RUBIO, parafraseando a MOLINA FERNÁNDEZ, en que «abandonar la teoría de la protección de bienes jurídicos colectivos

---

<sup>841</sup> Sobre este principio *vid.* Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, «El "non bis in idem" como principio general del derecho administrativo», en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 387-426.

<sup>842</sup> Tanto la doctrina como la jurisprudencia han defendido la vinculación del principio *non bis in idem* con el derecho a la legalidad penal contenido en el artículo 25 CE. En el ámbito doctrinal cabe destacar a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1988, p. 246. Por su parte, el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 2/1981, de 30 de enero, viene considerando que el principio *non bis in idem* «va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25».

<sup>843</sup> De conformidad con el artículo 31.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

<sup>844</sup> STC 77/1983, de 3 de octubre.

<sup>845</sup> Puede encontrarse un análisis comparado del principio *non bis in idem* en los ordenamientos jurídicos francés, alemán, inglés y español en Paolo PASSAGLIA (Ed.) et al., «Il principio del *ne bis in idem*», Corte Costituzionale, Servizio Studi (*Area di diritto comparato*), giugno 2016 [Disponible en: [https://www.cortecostituzionale.info/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_nebis2016.pdf](https://www.cortecostituzionale.info/documenti/convegni_seminari/CC_SS_nebis2016.pdf) (Consultado por última vez el 18/08/2020)].

<sup>846</sup> Fernando ALAMILLO CANILLAS, *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid (Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia), 1962, p. 92. Según este autor el bien jurídico protegido en la omisión del deber de socorro es «el mínimo de aquella virtud de la caridad hacia nuestros semejantes que, rebasando el concepto de la pura caridad, ha venido a albergarse en el terreno de la justicia, asumiendo el nombre de solidaridad humana».

<sup>847</sup> Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 83-84.

<sup>848</sup> Entre otros, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, «Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) et al., *Compendio de Derecho penal* (Parte Especial), Vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 143.

a favor de intereses jurídicos individuales supone un claro avance en la concreción del verdadero bien que se pretende proteger por el tipo penal»<sup>849</sup>. Hacemos extensiva esta reflexión al ámbito administrativo entendiendo que el bien jurídico que se pretende proteger tipificando en el TRLPEMM la infracción consistente en no prestar auxilio a personas en peligro en el mar es, precisa y principalmente, la vida y la integridad física de esas personas. De acuerdo con todo lo anterior, en los casos objeto de estudio en este epígrafe existiría un concurso de norma penal y administrativa en cuanto a los sujetos, hechos y fundamentos sancionados. Por lo tanto, en el caso de que el capitán de un buque no prestara auxilio a personas que se encontraran en peligro en el mar, para evitar la vulneración del principio *non bis in idem* sería necesaria la subordinación del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa al previo conocimiento de los hechos por parte del orden jurisdiccional penal.

Como se puede observar, en España la persecución de este tipo de comportamientos es dual: penal (a través del delito común de omisión del deber de socorro) y administrativa. Ello contrasta con el ordenamiento jurídico italiano, en el que tras establecer las obligaciones de asistencia y salvamento de los capitanes de buque (artículos 489 y 490 *Codice della Navigazione*)<sup>850</sup>, prevé una pena de prisión de hasta dos años para aquellos que omitan dichas obligaciones (artículo 1158 *Codice della Navigazione*). La pena puede verse incrementada de uno a seis años, en caso de que se produzca una lesión, y de tres a ocho años, en caso de que se produzca la muerte de las personas necesitadas de auxilio. En definitiva, en Italia, al contrario que en España, se han previsto delitos específicos relacionados con el incumplimiento de la obligación de auxilio en el mar en lugar de sanciones administrativas.

Pese a la previsión de infracciones y sanciones que castiguen la no asistencia a personas en peligro en el mar en los ordenamientos jurídicos nacionales, en la práctica,

---

<sup>849</sup> Miguel BUSTOS RUBIO, «Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro», *Foro Nueva época*, Vol. 15, n.º 2, 2012, p. 167.

<sup>850</sup> Artículo 489 *Codice della Navigazione* (Obbligo di assistenza): «L'assistenza a nave o ad aeromobile in mare o in acque interne, i quale siano in pericolo di perdersi, è obbligatoria, in quanto possibile senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri (...) quando a bordo della nave o dell'aeromobile siano in pericolo persone».

Artículo 490 *Codice della Navigazione* (Obbligo di salvataggio): «Quando la nave o l'aeromobile in pericolo sono del tutto incapaci, (...) di manovrare (...), il comandante della nave soccorritrice è tenuto, nelle circostanze e nei limiti indicate dall'articolo precedente, a tentare il salvataggio, ovvero, se ciò non sia possibile, a tentare il salvataggio delle persone che si trovano a bordo. E del pari obbligatorio, negli stessi limiti il tentativo di salvare persone che siano in mare o in acque interne in pericolo di perdersi».



como apunta DAVIES<sup>851</sup>, las acciones que pretendan denunciar la omisión del mencionado deber son poco viables. Aquellos que pretendan ejercitarla deben sobrevivir al naufragio, identificar el buque que no los rescató y que los ordenamientos jurídicos nacionales permitan extender la jurisdicción al capitán y/o el buque<sup>852</sup>.

### 2.1.2 La exigencia de constituir un Servicio de Búsqueda y Salvamento

Como hemos enunciado anteriormente, en virtud del artículo 98.2 CNUDM «Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales». Este precepto de la CNUDM se complementa con el punto 2.1.1 del Anexo al Convenio SAR, el cual dispone que «Las Partes harán que se tomen las medidas necesarias para la creación de servicios adecuados de búsqueda y salvamento de personas que se hallen en peligro cerca de sus costas en el mar». Actualmente, todos los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Austria, Eslovaquia y República Checa, se han adherido al Convenio de Hamburgo<sup>853</sup>.

#### *a) Los Servicios de Salvamento Marítimo nacionales*

Los servicios nacionales de búsqueda y salvamento son definidos por el Convenio SAR como aquellos que se encargan de la «ejecución, en situaciones de socorro, de las funciones de vigilancia, comunicación, coordinación y búsqueda y salvamento, incluidas la consulta médica, la asistencia médica inicial o la evacuación por razones de salud,

---

<sup>851</sup> Martin DAVIES, «Obligations and implications for the ships encountering persons in need of assistance at sea», *Pacific Rim Law and Policy Journal Association*, Vol.2, nº 1, 2003, p. 115.

<sup>852</sup> En este sentido, normalmente, las legislaciones de los Estados contemplan una suerte de ficción jurídica que permite considerar que los buques que enarbolan su pabellón son su territorio y, como consecuencia, lugares a los que se extiende su jurisdicción. Sirva como ejemplo el artículo 10.2 del Código Civil español, en virtud del cual «Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la Ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro» o el artículo 4 del *Codice della Navigazione*, conforme al cual «*Le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano*». En ambos casos se trata de una plasmación en el ámbito nacional de lo previsto en el artículo 92.1 CNUDM para el ámbito marítimo, en virtud del cual «Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado». Así mismo, determinados ordenamientos jurídicos nacionales, como el español, contemplan excepciones a la jurisdicción territorial por la concurrencia de otros principios como el principio personal o de la nacionalidad (artículo 23.2 LOPJ), el principio real o de protección de intereses (artículo 23.3 LOPJ) y el principio de universalidad o de justicia universal o mundial (artículo 23.4 LOPJ).

<sup>853</sup> En el caso de España, mediante el instrumento de adhesión al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979 (BOE nº103 de 30 de abril de 1993) y, en el caso de Italia, mediante la *Legge 3 aprile 1989, n. 147, concernente adesione alla convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979*. (*Gazzeta Ufficiale* n.º 281, de 1 de diciembre de 1994).

utilizando recursos públicos y privados, con inclusión de las aeronaves, buques y otras naves e instalaciones que cooperen» (Punto 1.3.3 del Anexo al Convenio SAR).

Dentro de la Administración española, corresponden al actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (antiguo Ministerio de Fomento) las funciones «relativas al salvamento de la vida humana en la mar» [artículo 263.b) TRLPEMM]. Concretamente, es la entidad pública empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR o Salvamento Marítimo), adscrita a dicho ministerio a través de la Dirección General de la Marina Mercante, la encargada de llevar a cabo esta función<sup>854</sup>. SASEMAR fue creada en 1992 por el artículo 89 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y entró en funcionamiento en 1993. En virtud del artículo 268 TRLPEMM, «constituye el objeto de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima la prestación de los servicios públicos de salvamento de la vida humana en la mar, y de la prevención y lucha contra la contaminación del medio marino, la prestación de los servicios de seguimiento y ayuda al tráfico marítimo, de seguridad marítima y de la navegación, de remolque y asistencia a buques, así como la de aquellos complementarios de los anteriores».

De acuerdo con el artículo 264.2 TRLPEMM («Del servicio público de salvamento marítimo»), el Gobierno, a propuesta del Ministro de Fomento (actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana), aprobará el Plan Nacional de Servicios Especiales de Salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino<sup>855</sup>, entre cuyos objetivos debe encontrarse, en concordancia con el punto 2.3.1 del Anexo al Convenio SAR<sup>856</sup>, «implantar un sistema de control de tráfico marítimo que cubra la totalidad de nuestras costas, mediante el establecimiento de centros coordinadores regionales y locales» [artículo 264.2.b)

---

<sup>854</sup> Artículo 5.6 del Real Decreto 953/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento. De acuerdo con esta misma norma, a la Dirección General de la Marina Mercante le corresponden «la ejecución y control de la normativa de protección marítima, la seguridad de la navegación y del salvamento de la vida humana en la mar» (artículo 7). La Dirección General de la Marina Mercante ha pasado a formar parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana de conformidad con el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

<sup>855</sup> Actualmente se encuentra en vigor el Plan anual de actuación 2020 de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), aprobado mediante Orden del Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana [Disponible en: [http://www.salvamentomaritimo.es/statics/multimedia/documents/2020/07/21/PLAN\\_ACTUACI%C3%93N\\_2020\\_FIRMADO\\_MINISTRO.pdf](http://www.salvamentomaritimo.es/statics/multimedia/documents/2020/07/21/PLAN_ACTUACI%C3%93N_2020_FIRMADO_MINISTRO.pdf) (Consultado por última vez el 25/08/2020)].

<sup>856</sup> Punto 2.3.1 del Anexo al Convenio SAR: «A fin de cumplir lo prescrito en los párrafos 2.2.1 y 2.2.2, las Partes establecerán centros coordinadores de salvamento para sus servicios de búsqueda y salvamento, así como los subcentros de salvamento que consideren apropiados».

TRLPEMM]. En este sentido, Salvamento Marítimo cuenta con un Centro Nacional de Coordinación de Salvamento (CNCS) en Madrid y 20 Centros de Coordinación de Salvamento (CCS) distribuidos a lo largo de la costa<sup>857</sup>. En el plano internacional, el CNCS de Madrid asume el rol de Centro de Coordinación de Salvamento (RCC por sus siglas en inglés *Rescue Coordination Center*), es decir, es el centro que asume la responsabilidad y la autoridad necesarias para constituirse como el punto de contacto principal para los buques, las unidades de salvamento, otros RCC, así como las autoridades nacionales, a efectos de coordinación de las operaciones SAR.

En el caso de Italia, los servicios de salvamento marítimo son realizados por el *Corpo delle Capitanerie di porto - Guardia Costiera*, cuerpo especializado de la Marina Militar italiana (una de las ramas de las fuerzas armadas de Italia junto con el Ejército, la Fuerza Aérea y los Carabineros), orgánicamente dependiente del Ministerio de Infraestructura y Transporte pero con dependencia funcional compartida con otros ministerios, como el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Política Agrícola, Alimentaria y Forestal y el Ministerio de Defensa. La creación del cuerpo se remonta al *Regio Decreto per l'Ordinamento del Personale addetto alle Capitanerie di Porto* 20 luglio 1865, n. 2438, pero fue el *Decreto del Presidente della Repubblica* 28 settembre 1994, n. 662, el que, en aplicación del *Regolamento di attuazione della legge* 3 aprile 1989, n. 147, determinó que la autoridad nacional responsable de la ejecución del Convenio de Hamburgo era el Ministerio de Transporte (artículo 2). Concretamente, su artículo 3.a) establece que «*il Comando generale del Corpo delle capitanerie di porto è l'organismo nazionale che assicura il coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo (I.M.R.C.C. - Italian Maritime Rescue Coordination Center)*». En definitiva, la *Guardia Costiera* queda vinculada por la obligación dispuesta en el artículo 69 del *Codice della Navigazione*, según el cual «*L'autorità marittima, che abbia notizia di una nave in pericolo ovvero di un naufragio o di altro sinistro, deve immediatamente provvedere al soccorso, e, quando non abbia a disposizione né possa procurarsi i mezzi necessari, deve darne avviso alle altre autorità che possano utilmente intervenire (...)*»<sup>858</sup>. Por otra parte, las distintas direcciones marítimas constituyen los subcentros de socorro

---

<sup>857</sup> Tales centros se encuentran ubicados en A Coruña, Algeciras, Almería, Barcelona, Bilbao, Cádiz, Cartagena, Castellón, Finisterre, Gijón, Huelva, Las Palmas, Palamós, Palma, Santander, Tarifa, Tarragona, Tenerife, Valencia y Vigo.

<sup>858</sup> Por su parte, el artículo 70 del mismo *Codice* añade que «*Ai fini dell'articolo precedente, l'autorità marittima o, in mancanza, quella comunale possono ordinare che le navi che si trovano nel porto o nelle vicinanze siano messe a loro disposizione con i relativi equipaggi (...)*».

marítimo [artículo 3.b) *Decreto n. 662*]. En el plano ejecutivo, las unidades navales y aéreas del servicio de la *Guardia Costiera* constituyen las unidades de socorro marítimo [artículo 3.d) *Decreto n. 662*].

Actualmente, las competencias de la *Guardia Costiera* en materia de salvamento marítimo vienen reconocidas en el artículo 134.2.b) del *Decreto legislativo 15 marzo 2010, n.º 66 (Codice dell'ordinamento militare)*<sup>859</sup>. No obstante, es necesario tener en cuenta a los efectos de este trabajo que el artículo 2.2 del *Decreto Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina* (en adelante *Decreto 14 luglio 2003*), dictado en desarrollo del artículo 12.9 quinquies del *Decreto legislativo 25 luglio 1998, n.º 286, Testo Unico sull'Immigrazione* (en adelante TUSM), establece que aunque «*restano immutate le competenze del Corpo delle Capitanerie di Porto per quanto riguarda la salvaguardia della vita umana in mare (...) le situazioni che dovessero presentare aspetti connessi con l'immigrazione clandestina, ferma restando la pronta adozione degli interventi di soccorso, devono essere immediatamente portate a conoscenza della Direzione Centrale e dei Comandi responsabili del coordinamento dell'attività di contrasto all'immigrazione clandestina indicati agli articoli 4 e 5 [Forze de Polizia, Guardia di Finanza y Marina Militare]*». Este precepto puede ser de gran importancia a la hora de determinar qué autoridades pueden participar en la decisión sobre el lugar más seguro para desembarcar a los rescatados en una operación de salvamento cuando aquellos pretendan entrar de manera irregular en el territorio italiano<sup>860</sup>.

#### *b) Las zonas SAR*

Los servicios de salvamento de los Estados parte del Convenio SAR cubren las llamadas regiones de búsqueda y salvamento, definidas por el propio Convenio (punto 1.3.1 del Anexo) como «Área de dimensiones definidas dentro de la cual se prestan servicios de búsqueda y salvamento»<sup>861</sup>.

---

<sup>859</sup> Artículo 134.2.b) del *Decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare)*: «(...) il Corpo delle capitanerie di porto - Guardia costiera, attraverso le proprie articolazioni periferiche: (...) b) ferme restando le attribuzioni in materia di coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 28 settembre 1994, n. 662, è competente per l'esercizio delle funzioni di ricerca e salvataggio in mare, ai sensi degli articoli 69, 70 e 830 del codice della navigazione (...)».

<sup>860</sup> Vid. Epígrafe 5.2 de este Capítulo.

<sup>861</sup> Como dispone el punto 2.1.9 del Anexo al Convenio SAR «Informadas de que una persona está en peligro en el mar, en un área dentro de la cual una Parte se encargue de la coordinación global de las

La declaración de una determinada zona SAR es un derecho unilateral ejercitable o no por cada Estado parte del Convenio de Hamburgo de 1979. Una vez delimitada la extensión de la misma, se transmite al Secretario General de la Organización Marítima Internacional (OMI), el cual informará al resto de Estados parte (punto 2.1.4 del Anexo al Convenio SAR). La práctica descrita ha dado lugar a que los océanos se hayan dividido en múltiples regiones SAR con responsabilidad asignada a los Estados más próximos. Es necesario destacar que la zona SAR de cada Estado es independiente de los espacios marítimos regulados por la CNUDM<sup>862</sup>. De esta forma, a cada Estado le suele corresponder una zona SAR que normalmente cubre su mar territorial, su zona contigua y parte del espacio denominado «alta mar». En el caso de España, se ha asumido la responsabilidad de salvamento sobre una superficie marina que cubre 1,5 millones de kilómetros cuadrados, lo que equivale a tres veces el territorio nacional. Esta superficie total de responsabilidad española se ha subdividido a su vez en cuatro subzonas: Atlántico, Estrecho, Mediterráneo y Canarias.

Pese a la ordenada estructura del modelo español, la delimitación de las zonas SAR no siempre es fácil. El hecho de que la proclamación de las zonas SAR se realice, en general, de forma unilateral implica que muchas de ellas estén solapadas. Uno de los casos más problemáticos en el Mar Mediterráneo es el de Malta, en el que concurren varias causas que impiden una gestión clara de las operaciones de salvamento en su zona SAR. El primer problema es su gran dimensión, 250.000 kilómetros cuadrados, lo cual equivale a 750 veces su territorio y evidencia la tremenda dificultad para cubrir con sus medios una extensión tan amplia<sup>863</sup>. En segundo lugar, la parte norte y oeste de la zona SAR maltesa se encuentra solapada con la zona SAR italiana (en concreto, las aguas circundantes a las islas italianas de Lampedusa y Lampione), lo cual obliga a que ambos Estados cooperen en la organización de las operaciones de salvamento llevadas a cabo en

---

operaciones de búsqueda y salvamento, las autoridades de esa Parte a las que incumba la cuestión darán urgentemente los pasos necesarios para prestar el mejor auxilio que puedan».

<sup>862</sup> Punto 2.1.7 del Anexo al Convenio SAR: «La delimitación de regiones de búsqueda y salvamento no guarda relación con la determinación de límites entre los Estados ni prejuzgará esta».

<sup>863</sup> En este punto es necesario traer a colación, como explicación a una asunción de responsabilidad por encima de las capacidades técnicas disponibles, que los Estados miembros reciben financiación de la Unión Europea en función de la superficie SAR que declaren bajo su responsabilidad. En este sentido, el artículo 8.1 del Reglamento (UE) n.º 515/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores establece que «A fin de asignar la cantidad indicada en el artículo 6, apartado 1, letra c), la Comisión tendrá en cuenta, a más tardar el 1 de junio de 2017, la carga asumida por los Estados miembros en la gestión de las fronteras, *incluidas las actividades de búsqueda y rescate que puedan ser necesarias durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas*».

dicho espacio<sup>864</sup>. Este segundo problema, como veremos posteriormente, provoca numerosos conflictos entre Italia y Malta respecto al desembarco de los migrantes rescatados en el Mediterráneo Central.

Teniendo en cuenta las controversias existentes entre Estados ribereños vecinos en materia de búsqueda y salvamento, es importante destacar que el propio Convenio de Hamburgo establece que las partes coordinarán sus organizaciones de búsqueda y salvamento y, siempre que sea necesario, deberán coordinar las operaciones con las de los Estados vecinos (punto 3.1.1 del Anexo al Convenio SAR). Sirva como ejemplo de aplicación del mencionado precepto el caso de España, que ha celebrado un acuerdo con Marruecos con la finalidad de «facilitar, en caso de siniestro marítimo, el acceso rápido a su territorio de los medios de intervención de la otra Parte, con el único objetivo de establecer la posición del siniestro [y] rescatar, en su caso, a los supervivientes (...)»<sup>865</sup>. Por su parte, Italia, en el transcurso de la Conferencia de Ancona de 19 de mayo de 2000, firmó memorandos de entendimiento sobre cooperación en las operaciones de búsqueda y salvamento con Eslovenia, Croacia, Albania y Grecia<sup>866</sup>.

Los problemas de las regiones SAR en el Mediterráneo Central no se agotan en Malta. En el caso de Libia, pese a haber firmado el Convenio de Hamburgo en 2005, no declaró su zona SAR de forma definitiva hasta junio de 2018<sup>867</sup>. Ello ha provocado, con las consecuencias que se desvelarán con posterioridad, que en muchas ocasiones tuviera que ser el RCC de Roma el que realizara las funciones propias de Servicio de Salvamento en el área que debía corresponder a Libia. Precisamente para evitar este tipo de situaciones

---

<sup>864</sup> En este sentido hay que tener en cuenta el punto 2.1.5 del Anexo al Convenio SAR, en virtud del cual, «Si no logran ponerse de acuerdo sobre las dimensiones exactas de una región de búsqueda y salvamento, las Partes interesadas se esforzarán al máximo por convenir medidas adecuadas para lograr en esa zona una coordinación global equivalente de los servicios de búsqueda y salvamento. Las medidas convenidas serán puestas en conocimiento del Secretario General».

<sup>865</sup> Artículo 4 del Acuerdo de cooperación en materia de lucha contra la contaminación y salvamento marítimo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho «ad referendum» en Rabat el 6 de febrero de 1996.

<sup>866</sup> Los denominados *Accordi di Ancona* fueron adoptados en el seno de la «Conferencia para la Seguridad y el desarrollo del Adriático» (Ancona, 19-20 de mayo de 2000). En la misma, los Estados ribereños del Mar Adriático adoptaron protocolos y memorandos en materia de seguridad de la navegación, medio ambiente y colaboración entre Estados en caso de incidente. Dado el objeto de estudio de este Capítulo, cabe destacar el *Memorandum d'Intesa tra Albania e Italia sulla cooperazione nelle operazioni di ricerca e salvataggio nel Mare Adriatico*, en vigor desde el 27 de diciembre de 2001. En su preámbulo se cita, como norma de cobertura para la firma del Memorando, el Convenio SAR.

<sup>867</sup> Previamente, en julio de 2017, Libia comunicó a la OMI que su zona SAR era el área marítima correspondiente a la *Tripoli Flight Information Region*. Dicha información fue rectificada posteriormente, en diciembre de 2017, para aclarar las dimensiones exactas. No obstante, es necesario destacar que en dicho periodo las funciones del RCC libio las llevaba a cabo un buque italiano atracado en Trípoli, la nave *Tremiti*, motivo por el cual no se considera oficialmente operativa la zona SAR libia hasta junio de 2018.

el *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, de 2 de febrero de 2017 establece que «la parte italiana si impegna a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, e che sono rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa, e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno». En esta labor de apoyo técnico y tecnológico a Libia el Ministerio del Interior italiano ha estado, a su vez, asistido económicamente por la Unión Europea. Concretamente, la Unión Europea «ha prestado apoyo por valor de 46 millones EUR [en 2017, incrementado en otros 45 millones al año siguiente] a las actividades del Ministerio del Interior italiano a través de un programa en el marco del Fondo Fiduciario de Emergencia para África de la Unión Europea (...)». La mayor parte del presupuesto se ha destinado a reforzar las capacidades de la Administración General de la Seguridad Costera. Según la Comisión Europea, con la ayuda de la Unión Europea, se han adquirido buques patrulleros específicos para operaciones de búsqueda y salvamento, se ha impartido formación técnica y práctica a tripulaciones y submarinistas y se ha establecido un centro de coordinación de salvamento marítimo libio<sup>868</sup>. De acuerdo con el *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración* del año 2019, los programas de cooperación de la Unión Europea en Libia alcanzan una financiación total de 467 millones de euros<sup>869</sup>.

## 2.2 Obligaciones dirigidas a los capitanes de buque

Como se ha señalado con anterioridad, el tercer convenio internacional, además de la CNUDM y el Convenio SAR, que regula el deber de asistencia en caso de situaciones de peligro en el mar es el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea.

La regla 33 del Convenio SOLAS dispone que «El capitán de un buque que, estando en el mar, en condiciones de prestar ayuda, reciba información de la fuente que

<sup>868</sup> Comisión Europea, Preguntas parlamentarias 7 de junio de 2019, Respuesta del Sr. Hahn en nombre de la Comisión Europea, Referencia de la pregunta: E-001065/2019.

<sup>869</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*, 16 de octubre de 2019, COM (2019) 481 final, p. 10.

sea, que le indique que hay personas en peligro en el mar, está obligado a acudir a toda máquina a su auxilio, informando de ello, si es posible, a dichas personas o al servicio de búsqueda y salvamento». Este precepto debe ponerse en conexión con el artículo 98.1 de la CNUDM que, recordemos, exigía a los Estados parte que obligaran a los capitanes de los buques que enarbolaran su pabellón que prestaran asistencia a toda persona en peligro de desaparecer en el mar. Por su parte, son los derechos nacionales los que, como ha quedado dicho, se han encargado de intentar hacer efectivas dichas obligaciones mediante la previsión de diferentes mecanismos punitivos para los capitanes de buque que las incumplan.

En relación con la última parte de la regla 33 del Convenio SOLAS, relativa al deber del capitán implicado en un rescate de informar del incidente a los servicios de búsqueda y salvamento, el artículo 17 del Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo, establece que «(...) la Administración marítima efectuará el seguimiento y adoptará las medidas adecuadas para que los capitanes de los buques, que naveguen por la zona SAR bajo su responsabilidad o por la zona económica exclusiva, comuniquen inmediatamente a las estaciones costeras de otros Estados miembros de la Unión Europea, que se encuentren situadas en dicha zona geográfica, (...) a) Cualquier incidente o accidente que afecte a la seguridad del buque, tales como abordajes, varadas, daños, fallos o averías, inundaciones o corrimientos de la carga, o cualquier defecto en el casco o fallo estructural».

### **3. EL ALCANCE PARA LOS ESTADOS DEL DEBER DE PRESTAR ASISTENCIA A BUQUES EN PELIGRO EN EL MAR**

Como se ha podido comprobar en el epígrafe 2.1 «Obligaciones dirigidas a los Estados», los Estados ribereños deben promover el establecimiento, operatividad y mantenimiento de un adecuado y efectivo servicio de búsqueda y salvamento a través, entre otras medidas, de la creación de Centros de Coordinación de Salvamento y de la delimitación de sus respectivas zonas de responsabilidad (SAR). Además, deben exigir al capitán de todo buque que enarbole su pabellón que proceda con la mayor rapidez posible al rescate de las personas que se encuentren en peligro en el mar cuando sea informado de la necesidad de asistencia, se encuentren en el lugar del mundo en que se encuentren.



Esta exigencia se complementa con la obligación de todo capitán de buque, so pena de sanción, de acudir a toda máquina al rescate de cualquier embarcación en peligro.

No obstante, y aquí viene el problema, ningún convenio de los analizados hasta el momento impone a los Estados una obligación de permitir el desembarco de las personas rescatadas en sus territorios, bien por sus propios servicios de salvamento, bien por cualquier otro buque en cumplimiento de la obligación antes indicada. Es decir, falta la previsión de una obligación que cierre el sistema y exija a los Estados involucrados en una operación de salvamento que ofrezcan un puerto a los capitanes de buque que hayan cumplido su correlativa obligación de asistencia. Esta laguna jurídica ha provocado y está provocando numerosos problemas cuya solución suele ser de índole política, dado el fracaso de los intentos de dar una respuesta jurídica al respecto. En línea con lo que sugiere PROELSS, cualquier obligación impuesta por el Derecho nacional o Internacional a los capitanes de buque de desembarcar a las personas rescatadas en un lugar seguro es inútil si no hay un correspondiente deber de un Estado ribereño de aceptar a dichas personas en su territorio<sup>870</sup>.

### 3.1 Las enmiendas a los Convenios SAR, SOLAS y el *soft law*: un intento fallido de determinar el lugar de desembarco

El momento en que se hizo más patente la necesidad de revisar las obligaciones de los Estados parte de los Convenios relativos al salvamento marítimo se produjo en agosto de 2001. En aquel verano, el buque mercante noruego *Tampa* rescató a 433 migrantes afganos frente a las costas de Australia cuando la embarcación en la que viajaban se encontraba a punto de naufragar. Dada la mencionada falta de previsión de una obligación dirigida a los Estados de permitir el desembarco, tanto Indonesia como Australia denegaron la entrada del *Tampa* a sus respectivos puertos, lo cual provocó que los pasajeros subsistieran en dificultosas condiciones durante ocho días. La situación se vio empeorada por las divergencias interpretativas sobre el momento en que se consideraba finalizada la operación de rescate; mientras Australia sostenía que el rescate había culminado cuando los migrantes subieron a bordo del *Tampa*, Noruega interpretaba que la operación únicamente podía considerarse finalizada cuando los pasajeros fueran desembarcados en tierra firme. Finalmente, a cambio de una compensación económica

---

<sup>870</sup> Alexander PROELSS, «Rescue at Sea revisited: What obligations exist towards refugees?», *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook* (2008), pp. 14-15, *apud* Killian O'BRIAN, «Refugees on the high seas: International Refugee Law Solutions to a law of the sea problem», cit. p. 723.

por parte de Australia, el pequeño Estado de Nauru, vecino de la primera, se hizo cargo de los migrantes rescatados.

Este acontecimiento y las terribles consecuencias de las interpretaciones estatales divergentes sobre la normativa aplicable provocaron la intervención de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional y la adopción de una resolución titulada «Examen de las medidas de seguridad y los procedimientos de actuación con las personas rescatadas en el mar» el 29 de noviembre de 2001<sup>871</sup>. En dicha resolución la Asamblea, «deseando asegurarse de que la vida de las personas a bordo de los buques, incluidas las embarcaciones pequeñas, (...) se salvaguarda en todo momento hasta tanto dichas personas sean entregadas en un lugar seguro», pedía al Comité de Seguridad Marítima, al Comité Jurídico y al Comité de Facilitación de la OMI<sup>872</sup> que, bajo la dirección del Consejo, examinaran «con carácter prioritario los convenios internacionales relativos al salvamento marítimo a efectos de identificar cualesquiera lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones u otras insuficiencias, y que, a la luz de tal examen, adoptaran las medidas necesarias de modo que: los supervivientes de un siniestro reciban auxilio, independientemente de su nacionalidad o situación jurídica, o de las circunstancias en que hayan sido encontrados; los buques que hayan rescatado personas en peligro en el mar puedan transportar a los supervivientes a un lugar seguro; y que dichos supervivientes incluidos los migrantes indocumentados, los que buscan asilo y los refugiados y polizones sean tratados, mientras se encuentran a bordo, de la manera prescrita en los instrumentos pertinentes de la OMI y con arreglo a los acuerdos internacionales pertinentes y a las tradiciones marítimas humanitarias».

En aplicación de la mencionada Resolución, y con la intención de tratar de solucionar jurídicamente los problemas evidenciados, el Comité de Seguridad Marítima de la OMI (MSC en sus siglas en inglés) realizó en 2004 algunas modificaciones en los Convenios SOLAS<sup>873</sup> y SAR<sup>874</sup>. Con dichas enmiendas se trataba de fortalecer el sistema

---

<sup>871</sup> Asamblea de la Organización Marítima Internacional, 22º periodo de sesiones, punto 8 del orden del día, Resolución A. 920 (22).

<sup>872</sup> Dado el protagonismo que asumirá con posterioridad en este debate es necesario aclarar que el Comité de Facilitación (FAL) de la OMI trata las cuestiones relacionadas con la facilitación del tráfico marítimo internacional, incluidas la llegada, permanencia y salida de los buques, las personas y la carga de los puertos.

<sup>873</sup> Resolución MSC.153(78) adoptada el 20 de mayo de 2004: Adopción de enmiendas al Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974.

<sup>874</sup> Resolución MSC 155(78) adoptada el 20 de mayo de 2004: Adopción de enmiendas al Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos, 1979.

de búsqueda y salvamento y minimizar los inconvenientes que sufrían los buques que, en cumplimiento de las obligaciones que les habían sido impuestas, trataban de rescatar a aquellos que se encontraran en peligro en el mar. Es necesario añadir que las enmiendas de 2004 fueron acompañadas de las llamadas «Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar» (en adelante, Directrices del MSC de 2004), mediante las cuales el MSC pretendía dar una guía para la interpretación de las nuevas enmiendas (de hecho, las tres resoluciones fueron publicadas el mismo día) y «ofrecer orientación a los Gobiernos y a los capitanes de buques sobre sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional y de carácter humanitario respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar»<sup>875</sup>.

Las citadas enmiendas afectaban a varios aspectos relacionados tanto con las obligaciones de los capitanes de buque como con las obligaciones de los Estados parte y el concepto de puerto seguro. Lo que se pretendía, al fin y al cabo, era «aclarar los procedimientos existentes para garantizar que se proporciona un lugar de refugio a las personas rescatadas en el mar»<sup>876</sup>. Es decir, se pretendía dar un final cerrado a las operaciones de rescate para evitar que un buque deambulara por el mar con las personas rescatadas a bordo. Así mismo, en cumplimiento de las peticiones de la Resolución de la Asamblea de 2001, se añadía una regla universal en virtud de la cual la obligación de prestar auxilio se consagraba con «independencia de la nacionalidad y la condición jurídica de dichas personas y de las circunstancias en que hayan sido encontradas» (Regla 33, párrafo 1 Convenio SOLAS)<sup>877</sup>.

### 3.1.1 Derechos reconocidos a los capitanes de los buques rescatadores

En relación con los derechos reconocidos a los capitanes de buque, para evitar el riesgo de que los buques mercantes no provean el debido rescate por los posibles perjuicios que pudieran recaer sobre ellos como consecuencia del mismo (retrasos, daños en la mercancía, etc.), se añadió al Convenio SOLAS una nueva regla (34-1) en virtud de la cual «Ni el propietario, ni el fletador, ni la compañía que explote el buque, según se define ésta en la regla IX/1, ni cualquier otra persona, pondrán impedimentos o restricciones al capitán del buque para que adopte o ejecute cualquier decisión que, según

---

<sup>875</sup> Resolución MSC.167(78) adoptada el 20 de mayo de 2004: Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar.

<sup>876</sup> Preámbulo de las Resoluciones MSC 153(78) y MSC 155(78) adoptadas el 20 de mayo de 2004.

<sup>877</sup> El precepto homólogo en el Convenio SAR se encontraba en su Capítulo 2, punto 2.1.10: «Las Partes garantizarán que se preste auxilio (...) sean cuales fueren la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que estas se encuentren».

su criterio profesional, sea necesaria para la seguridad de la vida humana en el mar y la protección del medio marino». En relación con lo anterior, el punto 6.3 de las Directrices del MSC de 2004 aclara que «Ningún buque debe sufrir demoras indebidas, carga financiera u otras dificultades conexas tras haber prestado auxilio a personas en el mar; por consiguiente, los Estados ribereños deben liberar los buques tan pronto como sea posible».

### 3.1.2 El concepto de «lugar seguro»

En realidad, la primera referencia a «lugar seguro» la encontramos en las primeras enmiendas al Convenio SAR realizadas en 1998 por la Resolución MSC 70(69). En las mismas se definió «Salvamento» como «Operación para rescatar a personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro» (punto 1.3.2 del Anexo al Convenio SAR). No obstante, más allá de esta vaga referencia, no había más alusiones al concepto en el resto del Convenio. Por este motivo son tan importantes las aclaraciones realizadas en las Directrices del MSC de 2004. En primer lugar, el punto 6.12 estableció que «Un lugar seguro (...) es un sitio en el que se considera que terminan las operaciones de salvamento. También es un lugar en el que la vida de los supervivientes ya no está amenazada y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas (tales como alimentación, abrigo y atención médica). Además, es un lugar en el cual pueden concluirse acuerdos para el transporte de los supervivientes hasta su destino próximo o final». Por otra parte, ante las dudas interpretativas que surgieron en el caso *Tampa* sobre si el buque rescatador podía considerarse un lugar seguro, el punto 6.13 de las citadas Directrices precisó que «No se debe considerar que el buque que presta auxilio es un lugar seguro, basándose únicamente en el hecho de que los supervivientes ya no están en peligro inmediato una vez que se encuentran a bordo del buque».

Además de las aclaraciones anteriores, a los efectos de este trabajo resulta especialmente importante el punto 6.17 de las Directrices del MSC de 2004 que, en relación con el lugar donde finaliza la operación, establece «la necesidad de evitar el desembarco en territorios en los cuales la vida y libertad de las personas que invoquen un temor fundado de persecución estaría amenazada», este es «un elemento que debe tenerse en cuenta en el caso de las personas que solicitan asilo y de los refugiados rescatados en el mar»<sup>878</sup>. Aclarando, con cierta tendencia expansiva, el concepto de «lugar seguro» DI

---

<sup>878</sup> En el mismo sentido, el documento elaborado por la OMI en colaboración con ACNUR *Salvamento marítimo. Una guía sobre los principios y prácticas aplicables a refugiados y migrantes* de 2015 establece

FILIPPO señala que «no es solo un refugio contra el hundimiento y el hambre, también es necesaria la protección de los derechos humanos y el principio de no devolución»<sup>879</sup>. En el mismo sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sentenció que «es evidente que la noción de ‘lugar seguro’ no debería quedar estrictamente limitada a la protección física de los individuos, sino que conlleva necesariamente el respeto de sus derechos fundamentales»<sup>880</sup>. Así se desprende también del artículo 2 del Reglamento 656/2014 de 15 de mayo por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante Reglamento Vigilancia Marítima), donde «lugar seguro» es definido como «un lugar en el que se considera que finaliza una operación de salvamento y donde la seguridad de la vida de los supervivientes no está amenazada, y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas y encontrarse medios de transporte para su traslado a su destino próximo o final, teniendo en cuenta la protección de sus derechos fundamentales de conformidad con el principio de no devolución».

Se puede concluir, por tanto, que el concepto de «lugar seguro» ha evolucionado en favor de las garantías de las personas rescatadas, pasando de ser un espacio en el que simplemente se brindan los primeros auxilios tras un naufragio a erigirse como un lugar en el que se garantiza el respeto a los derechos humanos y el principio de no devolución. Por este motivo, en determinadas circunstancias, podría ser de gran ayuda emplear como herramienta hermenéutica la noción de «país de origen seguro» empleado por el Anexo I de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo. Este establece que «se considerará que un país es un país de origen seguro cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución (...), tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada

---

que «Debe evitarse el desembarco de los refugiados y los solicitantes de asilo rescatados en aquellos territorios donde sus vidas y libertades puedan verse amenazadas» (p. 13). Según el propio documento, este «Está dirigido a capitanes, propietarios de buques, autoridades gubernamentales, compañías aseguradoras y otras partes interesadas que participan en situaciones de salvamento en el mar. El objetivo es brindar información sobre las disposiciones legales y procedimientos prácticos que permiten garantizar el desembarco rápido de las personas rescatadas, y sobre las medidas adecuadas para satisfacer las necesidades particulares de estas personas, principalmente en el caso de los refugiados y los solicitantes de asilo».

<sup>879</sup> Marcello DI FILIPPO, «Irregular Migration across the Mediterranean Sea: problematic issues concerning the international rules safeguard of life at sea», *Paix et Sécurité Internationales*, n. ° 1, 2013, p. 65.

<sup>880</sup> Resolución 1821 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

en situaciones de conflicto armado internacional o interno»<sup>881</sup>. No obstante, es necesario aclarar que no siempre y no necesariamente «lugar seguro» a efectos de salvamento coincide con «país de origen seguro» desde el punto de vista de la protección internacional. La mejor manera de comprender esta afirmación es analizando un caso concreto: por ejemplo, Marruecos no se considerará «país de origen seguro» para una persona homosexual pero sí «un lugar seguro» para un grupo de náufragos rescatados en el mar (salvo que sean homosexuales). Al respecto es necesario señalar que algunos Estados miembros han establecido, a efectos de concesión de protección internacional, sus propias listas de lo que consideran países de origen seguros. No obstante, hasta el momento, solo 14 Estados miembros han reportado la mencionada lista a la Comisión Europea<sup>882</sup>, la cual había lanzado una iniciativa para elaborar una lista común<sup>883</sup>. El 12 de abril de 2017 el Consejo anunció la suspensión de las negociaciones para su configuración.

Especial atención merece en este ámbito el hecho de que ningún país de la Unión Europea considere a Libia como país de origen seguro<sup>884</sup>. Ello puede considerarse el resultado de que el TEDH condenara a Italia por devolver migrantes a Libia en 2012<sup>885</sup>, que el juez instructor del caso *Open Arms* en Italia determinara en 2017 que Libia no era un lugar seguro<sup>886</sup>, que miembros de la guardia costera libia hayan sido condenados por el Consejo de Seguridad de la ONU por tráfico de inmigrantes<sup>887</sup> y que numerosos informes hayan denunciado los tratos inhumanos y degradantes sufridos por los

---

<sup>881</sup> En virtud del propio Anexo, al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante: a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, en particular aquellos que, con arreglo al artículo 15, apartado 2, del referido Convenio Europeo, no son susceptibles de excepciones; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades.

<sup>882</sup> European Migration Network, *Safe Countries of Origin - EMN Inform* 2018.

<sup>883</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establece una lista común a la Unión Europea de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y por el que se modifica la Directiva sobre Procedimientos de Asilo [COM (2015) 452].

<sup>884</sup> European Migration Network, *Safe Countries of Origin - EMN Inform* 2018.

<sup>885</sup> STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09.

<sup>886</sup> *Tribunale di Ragusa*, 16 aprile 2018, *Ufficio del Giudice per le indagini preliminari*, n. 1216-1282/18 *R.G.N.R.*, *Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo*, pp. 12-15. Vid. Epígrafe 7.2.2 de este Capítulo.

<sup>887</sup> Concretamente hablamos de Abd al Rahman al-Milad, jefe regional de la Guardia Costera de Zawiya. La Resolución 2380 (2017) fue fruto de una propuesta presentada por Países Bajos, miembro en ese momento del Consejo de Seguridad de la ONU.

rescatados en territorio libio<sup>888</sup>. Ni para aquellos que huyen de allí, ni para aquellos que, sin cumplir los requisitos para solicitar protección internacional, son desembarcados allí. Según la Comisión Europea, en el año 2019 la situación en Libia seguía siendo «motivo de especial preocupación», hasta el punto de que se creó un Grupo de Trabajo Conjunto de la Unión Africana, la Unión Europea y las Naciones Unidas para proteger a las personas desplazadas en el interior del país, a los refugiados y a los migrantes. En concreto, dicho Grupo de Trabajo se ha encargado de «acelerar la evacuación de refugiados y migrantes de los centros de internamiento cercanos a la primera línea [de conflicto] y, en la medida de lo posible, a ayudarlos a encontrar un lugar seguro fuera de Libia»<sup>889</sup>.

Si, tal y como afirma la Comisión Europea, el conflicto en Libia «ha afectado especialmente a los migrantes y refugiados, y, en particular, a casi 3.300 personas de centros de internamiento situados en zonas tocadas por el conflicto» y desde 2017 se han evacuado a más de 4.000 personas<sup>890</sup>, no se alcanza a comprender como la Unión Europea está financiando la construcción, equipamiento y mantenimiento de un Servicio de Salvamento libio que posibilite y fomente el desembarco de migrantes en sus puertos. Esta doble política resulta, cuanto menos, claramente incoherente. Si es necesario evacuar a migrantes y refugiados en Libia por la precariedad de su situación en este país y por ser objeto expreso de detención, persecución y maltrato podría concluirse que Libia no es un lugar seguro a efectos de desembarco de los migrantes rescatados. Como consecuencia, Libia no debería llevar a cabo operaciones de salvamento de migrantes y refugiados por el simple hecho de que no puede ofrecer un puerto seguro bajo su jurisdicción en el que desembarcar. Se puede decir, en términos jurídicos, que no cumple con la obligación de «mantener un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz» (artículo 98.2

---

<sup>888</sup> MANUL (Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia) y ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), «*Detained and Dehumanized*»: *Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya*, 2016, p. 11. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf) [Consultado por última vez el 2 de julio de 2019]; Amnistía Internacional, *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses against Europe-bound Refugees and Migrants*, 2017, p. 20. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/7561/2017/en/> [Consultado por última vez el 2 de julio de 2019]; «Libya's migrant slaves 'wanted their story told'». Disponible en: <https://edition.cnn.com/videos/world/2017/11/29/libya-slave-trade-cnntalk-lon-orig-mkd.cnn> [Consultado por última vez el 2 de julio de 2019]

<sup>889</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*, 16 de octubre de 2019, [COM (2019) 481 final], p. 10.

<sup>890</sup> *Ibidem*, p. 10.

CNUDM), en cuanto que no puede garantizar la seguridad en tierra de las personas que desembarca. El problema es que como cada Estado es libre de adherirse al Convenio SAR, de declarar una zona SAR y de decidir si uno de sus puertos es el más seguro para una operación concreta, Libia simpatiza con la idea de que la Unión Europea financie su servicio de salvamento a cambio de recibir migrantes que luego la propia Unión Europea tiene que evacuar.

### 3.1.3 Obligaciones adicionales (aunque insuficientes) dirigidas a los Estados en materia de rescate

De las modificaciones realizadas en 2004 en el marco jurídico del salvamento marítimo, la más importante fue la inclusión del punto 3.1.9 en el Capítulo relativo a la Cooperación entre Estados parte del Convenio SAR. En virtud de dicho punto «Las Partes se coordinarán y colaborarán entre sí para garantizar que los capitanes de buques que presten auxilio embarcando a personas en peligro en el mar sean liberados de sus obligaciones con una desviación mínima del buque de su viaje proyectado, siempre que la liberación no ocasione nuevos peligros para la vida humana en el mar. La Parte responsable de la región de búsqueda y salvamento en la que se preste dicho auxilio asumirá la responsabilidad primordial de que tales coordinación y colaboración se produzcan de modo que los supervivientes auxiliados sean desembarcados del buque que les prestó auxilio y entregados en un lugar seguro, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y las directrices elaboradas por la Organización. En estos casos, las Partes tomarán las medidas pertinentes para que ese desembarco tenga lugar tan pronto como sea razonablemente posible»<sup>891</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, pese aquella primigenia intención de la OMI de «aclarar los procedimientos existentes para garantizar que se proporciona un lugar de refugio a las personas rescatadas en el mar»<sup>892</sup>, el párrafo introducido no solventa el problema de la falta de concreción del lugar en el que deben desembarcar las personas rescatadas ya que no impone ninguna obligación a ningún

---

<sup>891</sup> Prácticamente con idénticas palabras se introdujo el párrafo 1-1 en la regla 33 al Convenio SOLAS: «Los Gobiernos Contratantes se coordinarán y colaborarán para garantizar que los capitanes de buques que presten auxilio embarcando a personas en peligro en el mar sean liberados de sus obligaciones con una desviación mínima del buque de su viaje proyectado, siempre que esa liberación de las obligaciones del capitán en virtud de la regla actual no ocasione nuevos peligros para la vida humana en el mar. El Gobierno Contratante responsable de la región de búsqueda y salvamento en la que se preste dicho auxilio asumirá la responsabilidad primordial de que tales coordinación y colaboración se produzcan de modo que los supervivientes auxiliados sean desembarcados del buque que les prestó auxilio y conducidos a un lugar seguro, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y las directrices elaboradas por la Organización. En estos casos, los Gobiernos Contratantes tomarán las medidas pertinentes para que ese desembarco tenga lugar tan pronto como sea razonablemente posible».

<sup>892</sup> Preámbulo de las Resoluciones MSC 153(78) y MSC 155(78) adoptadas el 20 de mayo de 2004.



Estado más allá del reconocimiento del papel protagonista del Estado responsable de la zona SAR en la coordinación de la operación.

### 3.2 La repercusión del ambiguo párrafo 3.1.9 del Convenio SAR en materia migratoria

#### 3.2.1 Las intencionadas lagunas del párrafo 3.1.9 del Convenio SAR

De las enmiendas introducidas, concretamente del nuevo punto 3.1.9 del Convenio SAR, se puede extraer que el Estado responsable de la zona SAR donde se produzca la operación tiene la responsabilidad de llevar a cabo las labores de coordinación y cooperación necesarias para que se les proporcione un lugar seguro a los rescatados. No obstante, la doctrina coincide mayoritariamente en que ello no implica un específico deber de permitir el desembarco en ninguno de sus puertos<sup>893</sup>. Por lo tanto, como se ha señalado recientemente, las enmiendas de 2004 no habrían solucionado el problema de dar un final cerrado a las operaciones de rescate. Conviene anticipar que, frente a esta interpretación, entendemos que existe otra que, por permitir dar una mejor respuesta al problema evidenciado, será expuesta con posterioridad.

Pese a la inicial alarma que provocó el caso *Tampa*, parece que la OMI o, más bien, los Estados parte de los Convenios SAR y SOLAS representados en el Comité de Seguridad, se preocuparon de que las modificaciones introducidas no produjeran ningún automatismo en relación con el lugar de desembarco. Es más, algunos autores destacan que los beneficios de predeterminar el lugar seguro no siempre son evidentes<sup>894</sup>. Ello se debe a que el concepto «seguridad» no tiene un único significado y depende de muchos factores y circunstancias. En este sentido, el punto 6.15 de las Directrices del MSC de 2004 establece que «Los Convenios, enmendados, indican que la entrega en un lugar seguro debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso. Estas circunstancias pueden incluir factores tales como la situación a bordo del buque que presta auxilio, las condiciones en el lugar del siniestro, las necesidades médicas y la disponibilidad de

---

<sup>893</sup> Marcello DI FILIPPO, «Irregular Migration across the Mediterranean Sea: problematic issues concerning the international rules safeguard of life at sea», cit., p. 67; K. O'BRIEN, «Refugees on the high seas: International Refugee Law Solutions to a law of the sea problem», cit., p. 726; Jasmine COPPENS and Eduard SOMES, «Towards new rules on Disembarkation of person rescued at sea?», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, n.º 25, 2010, p. 379; Francina ESTEVE, «The search and rescue task coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) regarding surveillance of external maritime borders», *Paix et Sécurité Internationales*, n.º 5, 2017, p. 103; Richard BARNES, «The international law of the sea and migration control», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, p. 135.

<sup>894</sup> Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a fragmentary reading of EU Member State's obligations accruing at sea», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, n.º 2, 2011, p. 198.

unidades de transporte o de salvamento. Cada caso es único y la elección de un lugar seguro quizás deba tener en cuenta una diversidad de factores importantes».

### 3.2.2 La trascendencia de las lagunas del párrafo 3.1.9 en el contexto de la crisis migratoria en la UE

La multitud de factores que se deben tener en cuenta para determinar cuál es el lugar más idóneo para el desembarco de las personas rescatadas provoca que los potenciales lugares de desembarco de los migrantes rescatados sean, en principio, cualesquiera de los situados en los Estados implicados directa o indirectamente en dicha operación: el Estado de pabellón de la unidad de rescate, el Estado del pabellón del buque en peligro (en caso de que enarbole algún pabellón), el próximo puerto en la escala seguida por el buque rescatador, el puerto más cercano al lugar de rescate, el Estado desde donde partió el buque, el Estado competente de la zona SAR o los Estados de origen de los rescatados, entre otros. Además, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la Guía OMI-ACNUR sobre salvamento marítimo, «no se debería permitir que ninguna operación o procedimiento, tales como la identificación y la evaluación de la situación de las personas rescatadas, que exceda de la prestación de auxilio a personas en peligro, obstaculice la prestación de tal auxilio o demore indebidamente el desembarco (...). [Concretamente] los procedimientos para la identificación o la determinación de la condición de refugiado no deberían tener lugar en el mar»<sup>895</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, el Estado miembro que acepta el desembarco de los migrantes rescatados en su territorio está obligado por el Derecho de la Unión a hacer frente a las solicitudes de protección internacional<sup>896</sup> y a tramitar los procedimientos de retorno de los migrantes irregulares<sup>897</sup>. Por ello, la falta de concreción en Derecho

---

<sup>895</sup> OMI-ACNUR, *Salvamento marítimo. Una guía sobre los principios y prácticas aplicables a refugiados y migrantes*, 2015, pp. 13 y 14.

<sup>896</sup> Artículo 13.1 del Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Reglamento Dublín): «Si se determina, atendiendo a pruebas o a indicios según se describen en las dos listas citadas en el artículo 22, apartado 3, del presente Reglamento, incluidos los datos mencionados en el Reglamento (UE) n.º 603/2013, que el solicitante ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercer país, el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional. Esa responsabilidad cesará 12 meses después de la fecha en que se haya producido el cruce irregular de fronteras».

<sup>897</sup> Artículo 2.1 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva Retorno): «La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro».

Internacional del Estado que tiene la obligación de permitir el desembarco provoca que los Estados miembros de la Unión Europea traten de evitar que la operación de rescate culmine en sus respectivos territorios. Las vías utilizadas para sortear la responsabilidad son múltiples y variadas, yendo desde la retirada del pabellón al buque rescatador en el seno de la operación de rescate, como hizo Reino Unido con el buque *Aquarius*<sup>898</sup>, hasta la prohibición de entrada al mar territorial por motivos de orden público.

Estas y otras medidas se estudiarán en epígrafes posteriores. No obstante, por la relevancia que tiene en el contexto de este epígrafe y los sucesivos, conviene analizar ahora la vía adoptada por Malta para eludir las responsabilidades derivadas del desembarco de las personas rescatadas: no ratificar las enmiendas de 2004 a los Convenios SOLAS y SAR. Téngase en cuenta que las enmiendas provocaron el aumento de responsabilidad del Estado responsable de la zona SAR y Malta se caracteriza por tener una zona SAR sobredimensionada para los medios de los que dispone.

En este punto conviene traer a colación la pugna que mantienen Italia y Malta desde hace años sobre lo que debe entenderse por «lugar seguro», particularmente cuando se trata de una operación de rescate de migrantes en el Mediterráneo Central. Mientras Malta sostiene que el «lugar seguro» donde debe finalizar la operación es el puerto más cercano al incidente (lo cual nos llevaría, en la mayoría de los casos, a los puertos de Lampedusa o Sicilia), Italia mantiene que, salvo acuerdo en contrario, el Estado responsable de la zona SAR es el que debe permitir el desembarco en su territorio. De esta forma, la postura italiana provocaría que, dada la extensión de la zona SAR de Malta, los puertos malteses fueran los puertos de desembarque en la mayoría de las operaciones de interceptación.

Estas interpretaciones divergentes han provocado y siguen provocando numerosos incidentes. Sirva como ejemplo el protagonizado por el buque *Pinar* (de pabellón panameño) en 2009, el cual, tras realizar una operación de rescate de migrantes en la zona SAR maltesa, fue obligado a esperar cinco días en alta mar hasta que las autoridades italianas le permitieron aproximarse a sus costas. El núcleo de debate era el ya indicado: el incidente se había producido en la zona SAR de Malta pero más cerca de Lampedusa

---

<sup>898</sup> «El Aquarius ve como maniobra política que Gibraltar retire su pabellón», noticia de 14 de agosto de 2018 [Disponible en: <https://es.euronews.com/2018/08/13/el-aquarius-ve-como-maniobra-politica-que-gibraltar- retire-su-pabellon> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

Tras la retirada del pabellón de Gibraltar, utilizó el pabellón de Panamá hasta que este último Estado también le prohibió su utilización, situación que obligó a la tripulación a dejar de navegar.

(74 km) que de, por ejemplo, La Valeta (211 km), por lo que los dos Estados defendían sus respectivas posturas sobre el desembarco, cediendo finalmente Italia por razones humanitarias<sup>899</sup>. Este tipo de cesiones por parte del Gobierno transalpino parecieron haber llegado a su fin con la asunción de las funciones de Ministro del Interior por parte de Matteo SALVINI, el cual convirtió en un estandarte de la política migratoria italiana la prohibición de desembarco de migrantes rescatados en sus puertos por motivos de orden público o política de «*porti chiusi*»<sup>900</sup>. Sobre este último extremo se volverá con posterioridad.

### 3.2.3 La interpretación sistemática que, en última instancia, permitiría determinar el lugar de desembarque de las personas rescatadas

En relación con las divergencias interpretativas manifestadas en los epígrafes anteriores, pese a que es innegable que de la literalidad de las enmiendas no se desprende ninguna obligación concreta a ningún Estado de permitir el desembarco, una interpretación sistemática, teleológica, completa y contextualizada de las resoluciones que las introducen permitiría dar cierta luz a esta problemática situación.

Si bien el punto 3.1.9 del Convenio SAR únicamente impone al Estado responsable de la zona SAR la obligación de liderar la coordinación y la colaboración necesarias para que «los supervivientes auxiliados sean desembarcados del buque que les prestó auxilio y conducidos a un lugar seguro», no es menos cierto que en el preámbulo de las resoluciones que introducen las enmiendas se establece que «es también su propósito [de las enmiendas] *que la responsabilidad de brindar un lugar seguro, o de asegurarse que se brinda un lugar seguro*, corresponda al Gobierno Contratante responsable de la región de búsqueda y salvamento en la cual se haya rescatado a los supervivientes» (cursiva añadida). Del texto transcrito se deduce que el Estado responsable del área SAR y, por tanto, de la coordinación de la operación de rescate tiene dos opciones (así lo indica la conjunción disyuntiva «o»): la primera es «brindar un lugar

---

<sup>899</sup> «Italy takes in stranded migrants», noticia de 20 de abril de 2009 [Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8007379.stm> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

<sup>900</sup> «Salvini niega el desembarco a *Open Arms* y les desea buen viaje», noticia de 26 de agosto de 2018 [Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20180803/nuevo-pulso-entre-open-arms-y-salvini-por-un-barco-con-87-inmigrantes-6974492> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)]; «Salvini niega el desembarco a un barco de la Guardia Costera italiana con 177 inmigrantes», noticia del 19 de agosto de 2018 [Disponible en: [https://www.cuatro.com/noticias/internacional/inmigracion-pateras-auxilio-aquarius-salvini-matteo\\_2\\_2613480046.html](https://www.cuatro.com/noticias/internacional/inmigracion-pateras-auxilio-aquarius-salvini-matteo_2_2613480046.html) (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)]; «Italia rechaza un barco de rescate de inmigrantes con 629 personas a bordo», noticia de 10 de junio de 2018 [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/Italia-autoriza-desembarco-inmigrantes-Malta\\_0\\_780772256.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Italia-autoriza-desembarco-inmigrantes-Malta_0_780772256.html) (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

seguro» y la segunda «asegurarse que se brinda un lugar seguro». A nuestro entender, una lectura sistemática y teleológica del propósito de las enmiendas permitiría interpretar, sin mucho esfuerzo, que la primera opción se refiere a brindar un puerto de su propio territorio y la segunda consistiría en, al menos, asegurar que un tercer Estado brinda un puerto para el desembarco. Si el Consejo de Seguridad no hubiera querido incluir el territorio del Estado responsable del área SAR como opción, bastaba con haberlo hecho responsable exclusivamente de «asegurar que se brinda un lugar seguro». Conforme al razonamiento anterior podemos concluir que si la segunda opción (que en muchos casos será la preferida por el Estado responsable de la zona SAR) no es viable, hay una imposición implícita de brindar un puerto propio<sup>901</sup>.

La propia OMI también trató de esclarecer las dudas surgidas a raíz de las enmiendas en una circular del Comité de Facilitación denominada «Principios relacionados con los procedimientos administrativos para el desembarco de personas rescatadas en el mar»<sup>902</sup>. En la misma línea argumental que hemos indicado, el Comité de Facilitación señaló que «si el desembarco desde el buque que ha realizado el salvamento no puede organizarse rápidamente en ninguna otra parte, el Gobierno responsable de la zona SAR *debe* aceptar que el desembarco de las personas rescatadas tenga lugar, de conformidad con la legislación y reglamentación sobre inmigración de cada Estado Miembro, en un lugar seguro bajo su control, en el que dichas personas puedan tener pronto acceso a la asistencia posterior al rescate» (punto 2.3). Es necesario destacar que la versión primigenia de esta circular establecía que «(...) el Gobierno responsable de la zona SAR *aceptará* (...) el desembarco (...)» pero, tras las presiones de algunos Estados, se sustituyó por «debe aceptar»<sup>903</sup>.

Pese a que España e Italia propusieron que el texto de esta circular, en su redacción originaria, fuera introducido como futura enmienda a los Convenios SOLAS y SAR, su propuesta no prosperó. En consecuencia, la aclaración del Comité de Facilitación quedó relegada a la categoría de *soft law*, carente de fuerza vinculante suficiente para obligar a

---

<sup>901</sup> Entre los autores defensores de esta postura se puede citar a Thomas GAMMELOFT- HANSEN, «The Refugee, the Sovereign and the Sea: EU interdiction Policies in the Mediterranean», *DIIS Working Paper* n.º 2008/6, pp. 25-27.

<sup>902</sup> Comité de Facilitación, *Principios relacionados con los procedimientos administrativos para el desembarco de personas rescatadas en el mar* (Doc. FAL.3/Circ.194 de 22 enero de 2009).

<sup>903</sup> Comité de Facilitación, *Report of the Facilitation Committee on Its Thirty-Fifth Session* (Doc. FAL 35/17, de 19 de marzo de 2009), punto 6.59.

los Estados parte<sup>904</sup>. En efecto, pese a que la intención del Comité de Facilitación era que los Estados parte incorporaran la mencionada regla «en sus procedimientos administrativos para el desembarco de personas rescatadas en el mar a fin de armonizarlos y hacerlos eficaces y previsibles» (punto 2), únicamente se trataba de un medio ofrecido por la OMI para la interpretación de las enmiendas de 2004, una mera recomendación o sugerencia de interpretación, pero no una interpretación vinculante o auténtica. Prueba de ello es que en el caso *Salamis* (agosto de 2013) se volvieron a reproducir las inveteradas divergencias interpretativas entre Italia y Malta<sup>905</sup>.

Si bien pueden existir dudas sobre si el Estado responsable de la zona SAR es el responsable, en última instancia, de brindar un puerto en su propio territorio para el desembarque de las personas rescatadas, es innegable que aquel debe garantizar el desembarco de las personas en un lugar seguro (sea donde sea). Esto, para muchos autores, constituye una obligación de resultado inexistente hasta 2004<sup>906</sup>. De acuerdo con dicha postura podría entenderse que, si el Estado responsable de la región SAR no brinda o asegura que se brinde un puerto seguro donde desembarcar, existiría una vulneración

---

<sup>904</sup> El 13 de febrero de 2009 España e Italia propusieron, sin éxito, una modificación de la regla 33 del Convenio SOLAS y del punto 3.1.9 del Anexo del Convenio SAR mediante el documento titulado «Medidas para proteger la seguridad de las personas rescatadas en el mar. Reglas obligatorias para el tratamiento de personas rescatadas en el Mar, Doc. FSI 17/15/1». En virtud de la propuesta hispano-italiana «El Estado parte responsable de la zona SAR donde la operación tenga lugar debe ejercer su responsabilidad primaria para asegurar que esa coordinación y cooperación tenga lugar, de forma que las personas sean desembarcadas y llevadas a un lugar seguro bajo su control, donde las personas tengan acceso temporal al apoyo post-rescate». El fracaso de la propuesta se hizo patente con la contrapropuesta de Malta el 27 de febrero de 2009, según la cual «todos los gobiernos firmantes involucrados deben cooperar para asegurar que el desembarco se produzca en el lugar seguro más cercano, esto es, en el puerto más cercano a la localización del rescate que tenga la consideración de lugar seguro» (Medidas para proteger la seguridad de las personas rescatadas en el mar, Comentarios al Documento FSI 17/15/1, Doc. FSI 17/15/2).

<sup>905</sup> Como relata Patricia MALLIA en «The MV *Salamis* and the State of Disembarkation at International Law: The undefinable Goal», *American Society of International Law*, Vol. 18, Issue. 11, de 15 de mayo de 2014 [Disponible en [https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/11/mv-salamis-and-state-disembarkation-international-law-undefinable-goal#\\_edn22](https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/11/mv-salamis-and-state-disembarkation-international-law-undefinable-goal#_edn22) (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)], el 4 de agosto de 2013 un barco libio, *MV Salamis*, fue dirigido por el RCC de Roma al rescate de 102 migrantes africanos que se encontraban en peligro en una embarcación próxima a las costas libias. Una vez efectuada la operación de salvamento, el mencionado RCC dio órdenes al capitán del barco de devolver a los rescatados a Libia, concretamente a Khoms, el puerto seguro más cercano según Roma. El capitán, sin embargo, siguió con su ruta planeada hasta Malta para desembarcar a los inmigrantes allí. Como era previsible, Malta denegó la entrada argumentando que la evacuación no era necesaria y que el capitán del buque había desobedecido las órdenes del RCC de Roma. El 7 de agosto Italia permitió a los migrantes desembarcar en Siracusa por motivos humanitarios.

<sup>906</sup> Es la postura de Roland BANK, «Article 11 (Refugee Seamen/Gens de Mer Réfugiés) », en Andreas ZIMMERMANN (Ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, párr. 37, *apud* Killian O'BRIEN, «Refugees on the high seas: International Refugee Law Solutions to a law of the sea problem», cit. p. 726; Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a fragmentary reading of EU Member State's obligations accruing at sea», cit., p. 196 y Richard BARNES, «The international law of the sea and migration control», cit., p. 139.

del Derecho Internacional al no haber finalizado una operación de rescate sobre la cual asumía la máxima responsabilidad.

### 3.3 La determinación del «lugar seguro» en el Derecho de la Unión y en el derecho interno español

En este espacio de incertidumbre es necesario destacar que en el Derecho de la Unión Europea sí que se ha determinado el lugar donde debe realizarse el desembarco cuando se trate de operaciones de salvamento llevadas a cabo bajo la coordinación de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. El artículo 10 del Reglamento Vigilancia Marítima establece que «El plan operativo contendrá, con arreglo al Derecho Internacional y respetando los derechos fundamentales, al menos las siguientes modalidades relativas al desembarco de las personas interceptadas o rescatadas en una operación marítima: a) en caso de interceptación en el mar territorial o en la zona contigua (...) el desembarco se realizará en el Estado miembro ribereño (...); b) en caso de interceptación en alta mar según lo establecido en el artículo 7, el desembarco podrá realizarse en el tercer país del que se suponga que haya partido el buque. Si esto no es posible, el desembarco se producirá en el Estado miembro de acogida»<sup>907</sup>. No obstante, como se ha apuntado anteriormente, este Reglamento únicamente regula operaciones de salvamento llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa entre Estados miembros coordinada por la Agencia GEFC. Por lo tanto, el precepto reproducido no resulta de aplicación, por ejemplo, en los casos en los que dichas operaciones se efectúen por los servicios de salvamento nacionales.

En estos últimos casos habría que atender a la regulación prevista en la Directiva 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2002 relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo y por la que se deroga la Directiva 93/75/CEE del Consejo<sup>908</sup>. Esta última

---

<sup>907</sup> Recordamos que, de conformidad con el artículo 2, punto 3, del Reglamento Vigilancia Marítima, el Estado miembro de acogida es un Estado miembro en el que tiene lugar o desde el que se inicia una operación marítima coordinada por la Agencia GEFC. Así mismo, conviene tener presente que este mismo Reglamento define «lugar seguro» como «un lugar en el que se considera que finaliza una operación de salvamento y donde la seguridad de la vida de los supervivientes no está amenazada, y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas y encontrarse medios de transporte para su traslado a su destino próximo o final, teniendo en cuenta la protección de sus derechos fundamentales de conformidad con el principio de no devolución».

<sup>908</sup> La Directiva señaló como su base competencial el artículo 80.2 TCE (actual artículo 100.2 TFUE), en virtud del cual se establecía que «El Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea». La norma ha sido modificada desde su promulgación por diversas Directivas, entre las cuales cabe

define los lugares de refugio como «el puerto, la parte del puerto o todo atracadero o fondeadero de protección o cualquier zona protegida definida por un Estado miembro para acoger buques en peligro» [artículo 3.m)] y conmina a los Estados miembros a que elaboren «planes para la acogida de buques con el fin de responder a los riesgos que entrañen los buques necesitados de asistencia que se encuentren en aguas de su jurisdicción, incluidas, en su caso, las amenazas para la vida humana y el medio ambiente». (artículo 20 *bis*). Según la propia Directiva, un «buque necesitado de asistencia» es «un buque en una situación que pueda causar su naufragio o suponer un peligro para el medio ambiente o la navegación, esto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Convenio SAR sobre el rescate de personas» [artículo 3.v)]. En relación con el Convenio SAR, cabe preguntarse si el Derecho de la Unión ha querido introducir deliberadamente diferencias normativas con el Derecho Internacional utilizando el concepto «lugar de refugio» en contraposición a «lugar seguro» (empleado por los Convenios SOLAS y SAR). De acuerdo con las definiciones de la Directiva, con el término «lugar de refugio» el Derecho de la Unión se refiere a cualquier puerto destinado a acoger a un buque que pueda poner en peligro la seguridad de la navegación, vidas humanas como consecuencia de un naufragio o el medio ambiente. Por el contrario, de acuerdo con lo analizado hasta el momento, puede afirmarse que los Convenios SAR y SOLAS utilizar el término «lugar seguro» como aquel espacio en el que concluyen (exclusivamente) las operaciones de búsqueda y salvamento de vidas humanas. Podría decirse, por lo tanto, que «lugar de refugio» es un concepto más amplio que el de «puerto seguro», ya que aquél es aplicable a aquellos escenarios en los que un buque ponga en peligro seguridad marítima y el medio ambiente, no solo la vida de las personas. No obstante, ello no quiere decir que todo «lugar seguro» sea un «lugar de refugio» ni viceversa.

En el caso de España, la Directiva 2002/59/CE fue traspuesta a través del ya mencionado Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema

---

destacar la Directiva 2009/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta última modifica algunos aspectos relativos a los planes de asistencia a buques y a los puertos de refugio; de entrada, no se habla ya de «buques en peligro» sino, en consonancia con las directrices de la OMI, de «buques necesitados de asistencia». Además, precisa los puntos fundamentales que deben de contener los planes de acogida a buques necesitados de asistencia. Por otra parte, determina la obligación de que se nombre a una autoridad, con experiencia y competencia, para tomar de modo independiente y tras una evaluación previa, las decisiones pertinentes relativas a la acogida de buques en lugares de refugio.



de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo<sup>909</sup>. Actualmente, «el Director General de la Marina Mercante [Presidente de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima nombrado por el Ministerio de Fomento] es la Autoridad competente para la toma de decisiones respecto de los buques necesitados de asistencia (...)» (artículo 299 TRLPMM y artículos 20 y 24.1 Real Decreto 210/2004). Los mismos preceptos añaden que el citado órgano directivo, «adoptará, con plena independencia de criterio, cualesquiera medidas que considere pertinentes ante buques necesitados de asistencia para: a) Eliminar o disminuir el riesgo de naufragio de tales buques, b) Salvaguardar la seguridad de la navegación y de la vida humana en la mar; y c) Prevenir o luchar contra la contaminación del medio ambiente marino»<sup>910</sup>. Por último, el apartado 2 del artículo 299 TRLEMM dispone que «El Director General de la Marina Mercante adoptará la decisión que estime pertinente sobre la acogida de buques necesitados de asistencia en lugares de refugio, pudiendo imponerla, si considera que tal acogida es la mejor solución para la protección de la vida humana y el medio ambiente marino. De no ser así se denegará o condicionará dicha acogida a la concurrencia de determinadas circunstancias que hagan de esta medida la más adecuada para la seguridad e integridad de las personas, de los buques, del tráfico marítimo y del medio ambiente marino». Para la toma de decisiones, «la mencionada autoridad estará asistida por un comité técnico cuyo asesoramiento podrá recabar. Formarán parte del mismo el capitán marítimo, el jefe del distrito marítimo, los coordinadores de inspección y de seguridad marítima y cualesquiera otras personas cuyo criterio pudiera ser relevante en las decisiones a adoptar, a criterio del director general».

La decisión de admisión o denegación de acceso a un determinado lugar de refugio para buques necesitados de asistencia se ha configurado mediante la técnica

---

<sup>909</sup> La Directiva 2009/17/CE provocó la modificación del Real Decreto 210/2004 mediante el Real Decreto 201/2012, de 23 de enero, el cual introdujo las modificaciones relativas al lugar de refugio previstas en la norma europea.

<sup>910</sup> Entre las medidas que se deben adoptar «cuando, a raíz de un incidente o de circunstancias del tipo descrito en el artículo 17 que afecten a un buque, la autoridad competente del Estado miembro interesado considere que, en el marco del Derecho Internacional, sea necesario alejar, reducir o eliminar un peligro grave e inminente que amenace a su litoral o intereses conexos, la seguridad de los demás buques y de sus tripulaciones y pasajeros, o de las personas en tierra, o proteger el medio marino», la Directiva 2002/59/CE proponía en su Anexo IV: «a) restringir los movimientos del buque o imponerle un itinerario determinado. Esta exigencia no afecta a la responsabilidad del capitán en lo que respecta al gobierno seguro de su buque; b) emplazar al capitán del buque a que ponga fin al riesgo para el medio ambiente o para la seguridad marítima; c) embarcar en el buque un equipo de evaluación con la misión de determinar el grado de riesgo, ayudar al capitán a remediar la situación y mantener informada a la estación costera competente; d) ordenar al capitán a dirigirse a un lugar de refugio en caso de peligro inminente, o imponer el practicaje o el remolcado del buque». Este mismo precepto se reprodujo en el artículo 19 del Real Decreto 210/2004.

administrativa de intervención típica, la autorización. El procedimiento para su obtención viene regulado en el artículo 24 del Real Decreto 210/2004. El mismo se inicia, generalmente, a solicitud del capitán del buque afectado, quien deberá indicar las razones por las que el buque está necesitado de asistencia, así como cualquier otra información requerida por Capitanía Marítima. Esta última realizará cuantos actos de instrucción considere necesarios para fundamentar la decisión final, incluyendo, en su caso, la inspección del buque<sup>911</sup>.

Siguiendo el literal del artículo 20 de la Directiva 2002/59, los Estados deben adoptar planes para albergar buques necesitados de refugio en los cuales se incluirán «aquellos elementos que permitan efectuar una evaluación previa y una toma rápida de decisiones en relación con el lugar de refugio para un buque, con inclusión de los factores ambientales, económicos y sociales y las condiciones naturales» (artículo 20.bis.2 Directiva 2002/59). El Real Decreto 210/2004, en su Disposición Transitoria Segunda incluye, a título de ejemplo, los factores que se deberán evaluar por la Dirección General de la Marina Mercante para valorar la acogida de un buque necesitado de asistencia: navegabilidad del buque, tiempo y distancia del lugar de refugio, evaluación de los factores humanos (entre ellos la fatiga), etc. En febrero de 2011 el Ministerio de Fomento presentó PRISMA (Programa de Información de Seguridad Marítima), un sistema informático que ayuda a tomar decisiones en situaciones de emergencia marítima<sup>912</sup>.

Conforme a la normativa analizada cabe concluir que, en el caso de España, la autoridad competente para determinar cuál es el lugar de refugio más adecuado para un buque necesitado de asistencia es el Director General de la Marina Mercante. No obstante,

---

<sup>911</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 24.4. del Real Decreto 210/2004, existe una obligación reforzada de resolver la solicitud de acceso a un lugar de refugio, indicando el precepto que la resolución deberá ser «expresamente acordada». La notificación de dicha resolución se practicará por escrito, salvo causa de urgente necesidad, en cuyo caso podrá notificarse verbalmente. En este último escenario la Administración no queda eximida de su obligación de notificar a los interesados el acto y su motivación por escrito a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo no superior a 96 horas. Contra la resolución, que pondrá fin a la vía administrativa, podrán los interesados interponer recurso de reposición.

<sup>912</sup> Según *Marina Civil* «las funcionalidades disponibles son, además de las comunes a los visores de cartografía, las de búsqueda de lugares de refugio por fachadas marítimas y la de elaboración instantánea de documentos del lugar seleccionado. Estos documentos incorporan la información operativa del lugar de refugio, así como una serie de mapas temáticos que ilustran los valores ambientales y socioeconómicos en las proximidades del emplazamiento» (Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, *Marina Civil*, n.º 99, p. 20).

Actualmente se tiene constancia de la existencia de un proyecto de «Orden Ministerial por la que se aprueba el plan nacional para la acogida de buques necesitados de refugio», cuyo trámite de consulta pública se llevó a cabo en 2017 (Información disponible en: [https://www.fomento.es/recursos\\_mfom/pdf/E877D28C-D3C7-41F4-8505-FC4B2BE0F0D2/142604/20170417\\_Participacionpublicalugaresrefugio.pdf](https://www.fomento.es/recursos_mfom/pdf/E877D28C-D3C7-41F4-8505-FC4B2BE0F0D2/142604/20170417_Participacionpublicalugaresrefugio.pdf) [Consultado por última vez el 3 de julio de 2019].).

para el desempeño de esta tarea contará con el apoyo de medios técnicos (como el programa PRISMA) y medios humanos (como el comité de asesoramiento previsto en el artículo 299 TRLPEMM). La falta de aprobación de un Plan Nacional de acogida de buques impide determinar si actualmente hay determinados puertos preestablecidos como «lugar de refugio» a lo largo del litoral español o es el mencionado Director el que los determina *ad hoc* para cada ocasión teniendo en cuenta los criterios provisionales establecidos en la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 210/2004.

#### **4. EL POSIBLE ABUSO DEL DERECHO AL RESCATE POR PARTE DE LOS MIGRANTES QUE EMPLEAN EMBARCACIONES DE FORTUNA PARA LLEGAR A LA UE**

Tal y como anticipamos, con carácter general, en el Capítulo III y demostramos en el Capítulo IV (en relación con la prohibición de expulsiones colectivas), existe la posibilidad de abusar de determinados derechos que pueden entrar en conflicto con las medidas de interceptación. Uno de los objetivos de este Capítulo, como señalamos en el primer epígrafe, es analizar si las personas que se dirigen a la Unión Europea en embarcaciones de fortuna poniendo su vida en peligro obtienen algún beneficio jurídico de dicha circunstancia y si, en su caso, este *modus operandi* merece algún reproche igualmente jurídico. Conviene recordar que el rescate provoca un cambio del estatus jurídico de estas personas, pasando de ser susceptibles de padecer un control fronterizo (ya sea vigilancia o inspección) a ser objeto de una operación de salvamento que, por su carácter humanitario, excepciona precisamente la aplicación de dichas normas. Para desarrollar y confirmar o desmentir esta hipótesis, es necesario tener en cuenta la distinta naturaleza de las personas que utilizan este tipo de embarcaciones para tratar de llegar a la frontera exterior de la Unión Europea, distinción que se abordará en los siguientes epígrafes. Sentadas las bases de la aplicación del abuso de derecho a las medidas de interceptación en el Capítulo III, en este epígrafe descenderemos directamente al plano circunstancial de la aplicación de esta institución a las operaciones de salvamento vinculadas a la vigilancia de las fronteras marítimas. La metodología será muy similar a la empleada en el Capítulo IV para determinar el posible abuso de la prohibición de expulsiones colectivas por parte de los migrantes que cruzan irregularmente la valla de Melilla para entrar en territorio español: determinar el bien jurídico protegido por el derecho del que presuntamente se abusa y verificar si se cumplen los requisitos

establecidos por la doctrina y la jurisprudencia en relación con el abuso de derecho y el fraude de ley.

4.1 El abuso del derecho al rescate como abuso del derecho a la vida. El bien jurídico protegido por la normativa nacional e internacional de salvamento marítimo

Considerando tanto los Convenios internacionales como las leyes y reglamentos nacionales analizados en los epígrafes 2 y 3 de este Capítulo, parece incuestionable que el bien jurídico protegido por la normativa nacional e internacional en materia de salvamento marítimo es la vida humana. Así lo demuestra, por ejemplo, el propio título del Convenio Internacional para la Seguridad de la *Vida Humana* en el Mar (SOLAS) o la existencia de una obligación de prestar auxilio «a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar» [artículo 98.1.a) CNUDM]<sup>913</sup>. Más explícito en este sentido es el ordenamiento jurídico español, cuya Ley de Navegación Marítima establece que «El capitán está obligado a acudir en auxilio de las *vidas humanas* que se encuentren en peligro en el mar (...)» (artículo 183.2) y cuyo Texto Refundido de Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante dispone que corresponden al Ministerio de Fomento las funciones «relativas al salvamento de la *vida humana* en la mar» [artículo 263.b)]. Como ya sabemos, el TRLPEMM es la norma que ha tipificado como infracción no prestar auxilio a personas en peligro en el mar, de lo que se deriva que el legislador ha querido que la Administración emplee sus potestades para proteger este bien jurídico.

También cabe destacar como argumento a favor de la equiparación entre el derecho a ser rescatado y el derecho a la vida el concepto de «lugar seguro». Como sabemos, el «Salvamento» ha sido definido como «Operación para rescatar a personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro» (punto 1.3.2 del Anexo al Convenio SAR). Pues bien, como ya se apuntó en el epígrafe 3.1.2 de este Capítulo, según las Directrices del MSC de 2004 «(...) es un lugar en el que *la vida de los supervivientes ya no está amenazada* y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas (tales como alimentación, abrigo y atención médica)» (punto 6.12).

De la previsión de una obligación de prestar asistencia a las personas en peligro en el mar se deriva que existe un derecho de la persona en peligro a ser rescatada, a

---

<sup>913</sup> Sobre decir que en este último texto legal la expresión «persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar» puede ser fácilmente sustituida por «persona cuya vida corra peligro en el mar».

sobrevivir<sup>914</sup>. Concretamente, respecto a la Administración Pública, el derecho a ser rescatado se materializa en un derecho de tipo prestacional ya que, como anticipamos en el epígrafe 2.1.1 de este Capítulo, «Las Partes harán que se tomen las medidas necesarias para la creación de servicios adecuados de búsqueda y salvamento de personas que se hallen en peligro cerca de sus costas en el mar» (punto 2.1.1 del Anexo al Convenio SAR). Esta previsión obliga a los Estados parte de dicho Convenio a crear y mantener unos servicios de búsqueda y salvamento adecuados, entendiendo por «adecuados» unos servicios eficaces y capaces de salvar vidas humanas en peligro en el mar y de cumplir con las obligaciones de asistencia jurídicamente reconocidas. En definitiva, como señala TREVISANUT, «la obligación de prestar asistencia es una herramienta operativa para garantizar el derecho a la vida en el mar (...) el derecho a sobrevivir»<sup>915</sup>. Por este motivo, el derecho cuyo abuso será objeto de valoración en los siguientes epígrafes es el derecho a la vida como bien jurídico protegido por la normativa nacional e internacional de salvamento marítimo.

#### 4.2 Abuso del derecho a la vida en casos de inmigrantes económicos que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea.

Como ya se ha apuntado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, entre las rutas irregulares de entrada a la Unión Europea, la marítima ha adquirido un especial protagonismo en los últimos años. Sirvan como ejemplo los datos del año 2019, en el que, de los 128.536 cruces irregulares detectados en la Unión Europea, 103.901 se produjeron por vía marítima (un 80% del total)<sup>916</sup>. No obstante, a los efectos de este Capítulo, el dato más relevante es que aproximadamente el 91% de las embarcaciones utilizadas por los traficantes para concertar los viajes que engrosan esas cifras no eran aptas para la navegabilidad<sup>917</sup>, lo cual provocó que fuera necesario rescatar a los migrantes que viajaban a bordo. El carácter mixto de los flujos que utilizan ese tipo de embarcaciones provoca que en las mismas encontremos tanto extranjeros que pretenden llegar a la Unión

---

<sup>914</sup> A título comparativo, recordamos que del principio de prohibición de expulsiones colectivas se derivaba una obligación para los Estados de realizar un examen objetivo de las circunstancias individuales de las personas objeto de expulsión (obligación vinculada al principio de no devolución) y la previsión de vías de recurso efectivas frente a las medidas de expulsión (obligación vinculada al derecho a un recurso efectivo).

<sup>915</sup> Seline TREVISANUT, «Shared responsibility aspects in Search and Rescue Operations at Sea», *Shares Research Project on Shared Responsibility in International Law, Research Paper Series*, n.º 202, 2016, p. 11.

<sup>916</sup> OMI, *DTM Mediterranean. Summary Key Results January- December 2019*.

<sup>917</sup> Comisión Europea, *Irregular Migration via the Central Mediterranean. From Emergency Responses to Systematic Solutions*, cit., p. 7.

Europea para mejorar sus condiciones de vida desde un punto de vista económico y social, como personas que huyen de otros países porque su vida o su integridad física corran peligro. En el siguiente epígrafe se tratará de analizar si la primera de las categorías enunciadas, los migrantes económicos, se benefician ilegítimamente de viajar a Europa en estas embarcaciones. Concretamente, trataremos de determinar si en estos casos existe un abuso del derecho a la vida y, en su caso, qué consecuencias jurídicas se derivarían del mismo.

#### 4.2.1 Planteamiento de la hipótesis

Como se argumentó en el Capítulo III, los supuestos de abuso de derecho constituyen situaciones en las que se produce una falta de toma en consideración de los principios y valores subyacentes al ordenamiento jurídico de forma tal que las reglas del sistema posibilitan una determinada acción sin tener en cuenta que, de acuerdo con dichos valores y principios, la acción en cuestión debería resultar prohibida. Trasladada esta premisa a los casos objeto de análisis en este epígrafe, trataremos de valorar si el ejercicio del derecho a la vida por parte de los migrantes económicos materializado en el rescate merece algún reproche jurídico. Para ello es imprescindible recordar dos factores que tienen un importante papel en las consideraciones que se van a realizar: que la embarcación utilizada implica, por sí misma, una situación objetiva de peligro que provoca irremediablemente el rescate y traslado a un puerto seguro y que las circunstancias excepcionales que rodean dicho rescate conllevan una inaplicación a los rescatados de las normas de control de fronteras del Estado de destino (concretamente, las actividades de vigilancia e inspección).

Como sabemos, la jurisprudencia española ha considerado como «abusiva» toda acción en la que se den conjuntamente las siguientes circunstancias: a) «uso de un derecho subjetivo o externamente legal», b) «daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica» y c) «inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el sujeto actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Toca determinar pues, si en los casos objeto de análisis en este epígrafe se cumplen estos tres requisitos.

En primer lugar, recordamos que el rescate es fruto del reconocimiento de la obligación de asistencia a personas en peligro en el mar y, en el caso de los poderes públicos, de la obligación de crear un servicio de salvamento marítimo capaz de asistir a

dichas personas. Por tanto, el rescate y correlativo traslado a un puerto seguro es una acción exigible por parte de los titulares del derecho a la vida que en ese momento se encuentran en peligro desde el momento en que la normativa nacional e internacional reconocen la existencia de una obligación de hacer para el Estado. En definitiva, nos encontramos ante un «uso de un derecho subjetivo» (primer requisito).

En segundo lugar, cabe preguntarse si dicho ejercicio comporta la producción de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. A nuestro entender, en casos de rescate de migrantes económicos que comporten un traslado a un puerto de un Estado miembro, se puede producir un daño para los bienes jurídicos protegidos por la normativa de control de fronteras nacional y europea. Como ya hemos adelantado, la propia producción del rescate evita que se puedan realizar actuaciones de detección e interceptación y que las personas rescatadas entren por el cauce legalmente previsto y se realicen las comprobaciones pertinentes. Dado que el Considerando 6 del CFS 2016 dispone que «El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros», entendemos que estos últimos son los bienes jurídicos que podrían resultar dañados en caso de un ejercicio abusivo del derecho a la vida materializado en el rescate. Conviene traer a colación para estos casos que la doctrina ha admitido que puede accionarse el abuso de derecho incluso para evitar daños futuros y previsibles<sup>918</sup>. Por último, e incluso en el caso de que se considerara que es erróneo afirmar que tales bienes resultan dañados por la excepción que para las normas de control de fronteras comporta un rescate, recordamos que DÍEZ-PICAZO considera que la inexistencia de un daño no impide que el ejercicio de un derecho se pueda catalogar como abusivo si se cumplen el resto de condiciones<sup>919</sup>.

En cuanto al tercer requisito (inmoralidad o antisocialidad del daño), nos remitimos a la conclusión alcanzada en el Capítulo III de que el mismo se debe interpretar de conformidad con el criterio finalista y el concepto de motivo legítimo o motivo adecuado al espíritu y misión del derecho. Es decir, para entender cumplido el requisito

---

<sup>918</sup> Vid. Capítulo III.

<sup>919</sup> Luis M. DÍEZ PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974, p. 1333, *apud* Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Abuso de derecho», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO, Pablo Salvador CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 69.

de la inmoralidad o antisocialidad del daño, es necesario que el titular del derecho cuyo abuso se está valorando se guíe por un motivo ilegítimo para ejercitarlo. Dada la complejidad del análisis requerido para fundamentar una posición al respecto, consideramos necesario dedicar un epígrafe específico al mismo.

#### 4.2.2 El fraude de la normativa de control fronterizo como motivo ilegítimo del ejercicio del derecho a la vida

Entre los distintos motivos ilegítimos que permitirían catalogar el ejercicio de un derecho como abusivo, en el Capítulo III destacábamos el fraude de ley. A los efectos de este epígrafe conviene recordar que el fraude de ley puede definirse como uno o varios actos que, originando un resultado contrario a una norma jurídica, se amparan en otra norma dictada con distinta finalidad<sup>920</sup>. Como ya tuvimos ocasión de aclarar en el Capítulo IV, pese a que lo lógico es que el fraude de ley venga configurado por la presencia de dos normas (la de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta defraudar, y la que a través de esta y de forma fraudulenta se pretende eludir), en lo que respecta a este trabajo, lo que nos encontramos son derechos de cobertura (v.g. derecho a la vida) y norma defraudada (la normativa de control de fronteras). En consecuencia, existirá abuso del derecho a la vida cuando se constate que quien apela a dicho derecho lo hace con la finalidad de defraudar la normativa de control fronterizo. De esta forma, volviendo al análisis de las condiciones para apreciar abuso de derecho, se cumplirían los tres requisitos: el ejercicio de un derecho subjetivo, una lesión a un bien jurídico protegido y un motivo ilegítimo.

En conclusión, la calificación como abusivo del ejercicio del derecho a la vida en estos casos dependerá de que se aprecie la existencia de un fraude de ley por parte del titular del mismo, lo cual permitiría alegar la utilización de un motivo ilegítimo para ejercer dicho derecho. Para ello, será necesario determinar la concurrencia de los requisitos para apreciar fraude de ley, los cuales son: uno o varios actos que contraríen la finalidad práctica de la ley defraudada, suponiendo su violación efectiva y que la ley (en nuestro caso derecho) en que se ampara el acto o actos de cobertura no tenga el fin de protegerlos por no constituir el supuesto normal o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes.

---

<sup>920</sup> Federico DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 2008, p. 607.



En cuanto al primer requisito, el acto que se está valorando en los casos objeto de estudio en este epígrafe es el rescate y traslado a un puerto seguro como manifestación del ejercicio del derecho a la vida. Dicho acto, *de facto*, implica una violación efectiva y directa de algunos preceptos del acervo de la Unión en materia de control fronterizo, concretamente de los artículos 5 y 6 CFS 2016 (los cuales establecen la obligación de entrar en el territorio de los Estados miembros por los puestos fronterizos habilitados y la comprobación de las condiciones de entrada de los nacionales de terceros Estados, respectivamente), y la imposibilidad de aplicar otros, como el artículo 13 CFS 2016, mediante las correspondientes medidas de interceptación. Respecto a la normativa nacional, en el caso de España, el precepto más afectado es el artículo 25 LOEx, el cual dispone que «El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios»<sup>921</sup>. Los extranjeros que llegan rescatados en buques de una ONG o de Salvamento Marítimo evitan la aplicación de este precepto y el procedimiento administrativo que correspondería si no cumplieran los requisitos de entrada: el procedimiento de retorno (artículo 26 LOEx y artículo 15 RLOEx)<sup>922</sup>. Dado que el mismo ya ha sido objeto de análisis en el Capítulo III, nos remitimos a las reflexiones analizadas en aquella sede respecto a su régimen jurídico.

En cuanto al segundo requisito para apreciar la existencia de fraude de ley (que la ley o, en nuestro caso, el derecho en que se ampara el acto o actos no tenga el fin de protegerlos), parece que la finalidad de la normativa de salvamento marítimo, en general, y el rescate como ejercicio del derecho a la vida, en particular, no es proteger aquellas situaciones en las que se produzca una puesta en peligro voluntaria de la vida humana

---

<sup>921</sup> El equivalente a este precepto en el ordenamiento jurídico italiano es el artículo 4.1. TUSM, en virtud del cual «*L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti*».

<sup>922</sup> Continuando con el paralelismo entre estas situaciones y las analizadas en el Capítulo IV, la consecuencia del rescate y posterior desembarco es la misma que la que se produce con respecto a los migrantes económicos que cruzan irregularmente la valla de Melilla: la elusión de las inspecciones fronterizas y de los procedimientos derivados de una denegación de entrada formal.

mediante la utilización de embarcaciones no aptas para la navegabilidad. En este sentido, se podría afirmar que estas últimas situaciones «no constituyen el supuesto normal» de aplicación de la norma, por lo que suponen una traición al espíritu, la finalidad y los principios y valores que fundamentaron su creación. Entendemos que cuando el legislador configuró la normativa de salvamento marítimo estaba pensando, más bien, en accidentes e incidentes marítimos que se produjeran de forma fortuita, por problemas meteorológicos, técnicos o de otra índole; no en casos en los que, desde el momento en que la embarcación sale de la costa, ya se encuentra en una situación objetiva de peligro por su innavegabilidad. Continuando con la estructura teórica del segundo requisito señalado por la doctrina para apreciar la existencia de fraude de ley, se podría añadir que la creación voluntaria de este escenario de peligro para la vida por parte de los migrantes económicos «es el medio para vulnerar abiertamente otras leyes», como ya hemos analizado en relación con el primer requisito.

Los razonamientos anteriores nos llevan a afirmar que aquellos casos en que los migrantes económicos utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea, dando lugar a una situación objetiva de peligro para su vida que culmina en un rescate que les permite eludir las normas de control de fronteras, son un fraude de ley. Como consecuencia, dado que estas personas están empleando un motivo ilegítimo para ejercitar su derecho a la vida (fraude de las leyes de control de fronteras), conforme al criterio finalista podemos concluir que nos encontramos ante un abuso de derecho.

#### 4.2.3 Consecuencias de la apreciación del abuso de derecho y el fraude de ley en casos de rescate de migrantes económicos que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea.

Como hemos señalado, los migrantes económicos que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea y que posteriormente son rescatados y trasladados a un puerto español evitan la aplicación de las medidas de interceptación analizadas en el Capítulo anterior y del artículo 25 de la LOEx, así como la tramitación de un procedimiento de retorno. A cambio, se inicia contra ellos un procedimiento de devolución, entendiendo la Administración Pública que se trata de extranjeros que han sido «interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» [artículo 23. 1 b) RLOEx]. Igual que sucede en relación con los migrantes económicos que cruzan irregularmente la valla de Melilla, en lugar de aplicárseles el procedimiento previsto para las denegaciones de entrada derivadas de una inspección realizada en un puesto fronterizo habilitado, cuya

consecuencia es retornarlos al país desde el que han entrado, se les aplica un procedimiento de devolución, cuyo resultado es repatriar a cada migrante a su país de origen (lo cual, como es lógico, resulta mucho más complejo). Como se destacó en el Capítulo IV, si no se logra ejecutar la resolución de devolución en 60 días, el extranjero queda libre con una orden de expulsión. Si comparamos las consecuencias derivadas para el extranjero de la tramitación de un procedimiento u otro, se puede comprobar fácilmente que los segundos son mucho más beneficiosos para sus intereses.

Dado que en los casos objeto de análisis apreciamos la existencia de fraude de ley, entendemos que la consecuencia debería ser la aplicación de la norma que se pretende eludir. En los casos objeto de análisis en este epígrafe, la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir llevaría, en primer lugar, a la realización de las medidas de interceptación analizadas en el capítulo anterior para evitar el cruce irregular de la frontera. No obstante, la puesta en práctica de tales medidas requeriría, como ya sabemos, la identificación de las personas rescatadas y su división en migrantes económicos y solicitantes de protección internacional. Dado que «los procedimientos para la identificación o la determinación de la condición de refugiado no deberían tener lugar en el mar»<sup>923</sup>, entendemos que las medidas de interceptación deben quedar sin efecto (pese a la existencia de un abuso de derecho) ya que, de lo contrario, podrían vulnerarse los derechos humanos de los solicitantes de protección internacional. Por ello, una vez trasladadas todas las personas rescatadas a puerto, y tras haber procedido a su identificación y a la evaluación de sus circunstancias, la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir supondría que la Administración trasladara a los migrantes económicos hasta los puestos fronterizos habilitados para la entrada en España y, en el caso de no cumplimiento de los requisitos pertinentes para entrar, a la tramitación de un procedimiento administrativo de retorno para cada uno de ellos. Alternativamente, al tratarse de casos fronterizos (interceptados con ocasión del cruce irregular de la frontera), aquellos Estados miembros que así lo hubieran previsto podrían inaplicar la Directiva Retorno (y la normativa nacional de transposición) y limitarse a la observancia del principio de no devolución y de las posibles circunstancias de vulnerabilidad de los migrantes (minoría de edad, estado de gestación, etc.)

---

<sup>923</sup> OMI-ACNUR, *Salvamento marítimo. Una guía sobre los principios y prácticas aplicables a refugiados y migrantes*, 2015, pp. 13 y 14.

La opción propuesta tendría una finalidad doble. En primer lugar, evitar algunos de los perjuicios que causa en estos casos el abuso de derecho para el interés general. Nos referimos, concretamente, al hecho de que, por incoar un procedimiento de devolución, se tenga que determinar el país de origen de cada uno de los migrantes económicos rescatados para ejecutar la orden de devolución y proceder a su repatriación. Como ya señalamos en el Capítulo III, en el procedimiento de retorno la ejecución de la resolución requiere determinar el Estado desde el que partieron dichas personas para llegar a España, no su país natal, lo cual facilita y acelera su terminación. En última instancia, se reducen las posibilidades de que, tras 60 días de internamiento, los rescatados queden en libertad con una orden de salida obligatoria del país. En segundo lugar, como comprobaremos a continuación, la solución propuesta permite respetar los principios que fundamentan la normativa de salvamento marítimo y los derechos de los solicitantes de protección internacional.

#### 4.3 Abuso del derecho a la vida en casos de solicitantes de protección internacional que utilizan embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea. La inexistencia de motivo ilegítimo

Teniendo en cuenta la naturaleza mixta de los flujos migratorios, una vez analizado si los migrantes económicos que utilizan embarcaciones de fortuna para entrar en la Unión Europea incurren en un abuso de derecho, ahora procede explorar qué sucede con los solicitantes de protección internacional que emplean el mismo *modus operandi*. Concretamente, trataremos de corroborar si, al igual que en el caso de los migrantes económicos, los solicitantes de protección internacional se benefician jurídicamente de ser rescatados y trasladados a un puerto de un Estado miembro y, en su caso, si dicho beneficio merece algún reproche jurídico. Al igual que en el caso anterior, trataremos de responder a estas preguntas a través de la institución del abuso de derecho. Concretamente, determinando si en estos casos el ejercicio del derecho a la vida materializado en el rescate es acorde con los principios que fundamentaron su reconocimiento.

Siguiendo la técnica empleada en el epígrafe anterior, procede precisar si en los casos objeto de análisis en este epígrafe concurren las condiciones requeridas por la jurisprudencia española para apreciar la existencia de un abuso de derecho y que ya hemos expuesto, a saber: a) «uso de un derecho subjetivo o externamente legal», b) «daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica» y c) «inmoralidad o

antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el sujeto actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)».

En primer lugar, al igual que sucedía en el caso de los migrantes económicos, el rescate es fruto del reconocimiento de la obligación de asistencia a personas en peligro en el mar y, en el caso de los poderes públicos, de la obligación de crear un servicio de salvamento marítimo capaz de asistir a dichas personas. Por tanto, de nuevo, podemos entender que el rescate y correlativo traslado a un puerto seguro es una acción exigible por parte de los titulares del derecho a la vida que en ese momento se encuentran en peligro, independientemente de su estatus jurídico. Es decir, nos encontramos ante el ejercicio o «uso de un derecho subjetivo» (primer requisito).

En segundo lugar, respecto al daño producido a otros bienes jurídicos y coincidiendo con el análisis realizado respecto a los migrantes económicos, entendemos que en los casos de rescate y desembarco de solicitantes de protección internacional en el territorio de un Estado miembro también se puede producir un daño a los bienes jurídicos protegidos por la normativa de control de fronteras. Al fin y al cabo, cualquier persona que pretenda entrar en la Unión Europea está obligada a hacerlo por los puestos fronterizos habilitados, independientemente de su estatus jurídico (artículo 5 CFS 2016). Ello con la finalidad de prevenir «cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública (...)» (Considerando 6 CFS 2016). Lo anterior nos lleva forzosamente a analizar si se cumple o no el tercer requisito acuñado por la jurisprudencia para determinar la existencia de esta figura: «la inmoralidad o antisocialidad del daño (...)», el cual hemos traducido, utilizando el criterio finalista, en la existencia de un motivo ilegítimo para ejercitar el derecho en cuestión.

Recordamos que en el caso de los migrantes económicos que utilizaban embarcaciones de fortuna para llegar a España, se apreciaba un abuso del derecho a la vida (en la modalidad de derecho a exigir el rescate) porque el motivo que fundamentaba el ejercicio de tal derecho era un fraude de ley, concretamente del fraude a la normativa de control de fronteras. El resultado que obtenían del rescate y traslado a un puerto español era, además de evitar las medidas de interceptación aplicables a quienes intenten cruzar irregularmente la frontera, que se les tramitara un procedimiento administrativo más beneficioso para sus intereses que si hubieran entrado de manera regular a través de los puestos fronterizos habilitados. Sin embargo, en el caso de los solicitantes de

protección internacional no se aprecia tal fraude a la ley. Tanto en el Capítulo III como en el Capítulo IV se hizo referencia a las excepciones y matizaciones que contempla la normativa de control de fronteras, tanto de Derecho de la Unión como a nivel nacional, respecto a los solicitantes de protección internacional. No nos vamos a reiterar más en este aspecto. Simplemente, importando aquellas reflexiones a esta sede, destacamos que el rescate y traslado a un puerto español de los solicitantes de protección internacional eludiendo la normativa de control de fronteras no les reporta ningún beneficio jurídico. En conclusión, dado que la normativa de control de fronteras no obstaculiza sus pretensiones, cabe deducir que los solicitantes de protección internacional no pretenden eludirla, por lo que no se aprecia fraude de ley en el ejercicio del derecho a la vida por su parte. Es más, no se aprecia ningún motivo ilegítimo en su actuación, aun compartiendo con los migrantes económicos la puesta en riesgo de su vida voluntariamente mediante la utilización de una embarcación de fortuna.

La diferencia sustancial entre los dos colectivos es que los solicitantes de protección internacional parten de una situación previa e involuntaria de peligro para su vida que los obliga a abandonar un determinado país, mientras que los migrantes económicos crean artificialmente la situación de peligro en el mar sin que exista un estado de necesidad subyacente previo. Esta diferencia también se observa en relación con el lugar de desembarco. En el caso de los migrantes económicos el desembarco puede producirse en el mismo lugar desde el que partieron; sin embargo, para los solicitantes de protección internacional, el peligro no desaparece hasta que desembarcan en un puerto seguro donde su vida y su libertad no corran peligro. Entendemos que, dado que la normativa de salvamento marítimo tiene como uno de sus principios rectores el principio de no devolución, el rescate de solicitantes de protección internacional cuya vida esté en peligro no traiciona el espíritu o la finalidad de la norma.

En definitiva, mientras el ejercicio del derecho al rescate en el caso de los migrantes económicos estaba vinculado al fraude a las normas sobre control de fronteras, en el caso de los solicitantes de protección internacional está conectado con la supervivencia. Parece difícil calificar la supervivencia como un motivo ilegítimo para ejercer un derecho, sobre todo cuando se trata del derecho a la vida. Como resultado, no se prevé ningún reproche jurídico específico para los solicitantes de protección internacional que utilicen embarcaciones de fortuna para llegar a la Unión Europea en lugar de entrar por los puestos fronterizos habilitados. Además, aunque se trate de una

cuestión diferente, conviene tener presente que la reducción del ámbito de aplicación del acervo europeo en materia de asilo al territorio de la Unión obliga a estas personas a llegar a un Estado miembro para hacer valer sus pretensiones. Si ya de por sí tienen una situación vital difícil, sancionar también el medio escogido para salir del país del que huyen o por el que transitan para huir parece cuestionable. Entendemos que en los casos en que los potenciales refugiados huyen de su país de origen es ilógico exigirles que lo abandonen por cauces regulares. Principalmente porque ello dificultaría su partida y, como consecuencia, su supervivencia.

Como hemos adelantado, la medida propuesta para evitar el abuso del derecho a la vida por parte de aquellos que no pretenden solicitar protección internacional en la Unión Europea (rescatarlos y trasladarlos al puesto fronterizo más cercano para tramitar el procedimiento de retorno) permite, al mismo tiempo, respetar el principio de no devolución y dar la posibilidad de solicitar protección internacional a aquellos que lo demanden. Al respecto, mantenemos la postura expresada en el Capítulo IV según la cual esta solución debería configurarse teniendo en cuenta las excepciones previstas en la Directiva sobre Procedimientos de Asilo para casos de entrada irregular<sup>924</sup>.

## **5. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ASISTENCIA A EMBARCACIONES EN PELIGRO EN EL MAR MEDIANTE EL DESPLIEGUE DE LOS SERVICIOS DE SALVAMENTO MARÍTIMO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTROVERTIDO CASO *DICIOTTI***

Con la finalidad de cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional en materia de asistencia y salvamento marítimo, los Estados pueden, bien llevar a cabo las operaciones de búsqueda y rescate con sus propios servicios SAR, o bien requerir a un buque localizado en las proximidades de las personas en peligro (un buque mercante, un buque del mismo u otro Estado o de una ONG) para que acuda a su rescate.

---

<sup>924</sup> De conformidad con el artículo 31.8 de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo dispone que «Los Estados miembros podrán disponer que se acelere y/o se lleve a cabo en la frontera o en zonas de tránsito de conformidad con el artículo 43 un procedimiento de examen [de protección internacional] (...) si: h). el solicitante hubiese entrado ilegalmente o prolongado su estancia ilegalmente en el territorio del Estado miembro (...)». De hecho, como se ha tratado la ocasión de reflejar en el Capítulo III, el ordenamiento jurídico italiano ha previsto esta posibilidad en el artículo 28.bis del *Decreto legislativo del 28 gennaio 2008, n. 25 «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato»*.

La práctica habitual es que las operaciones que se efectúen con una localización más próxima a las costas de los Estados se lleven a cabo por los servicios de salvamento, mientras que las que son realizadas en alta mar o en el mar territorial de otros Estados vengan protagonizadas por buques de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que se encuentren ya en las inmediaciones de la zona del rescate en ejecución de otras políticas públicas (policía marítima, control migratorio, etc.) o por buques de ONG, en ambos casos coordinados por un RCC. A continuación, se analizarán algunas situaciones que han planteado importantes problemas jurídicos cuando la operación de salvamento ha sido efectuada por los servicios públicos de salvamento marítimo. Las llevadas a cabo por buques de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y por los buques de las ONG serán objeto de análisis en los epígrafes 6 y 7 respectivamente.

#### 5.1 La denegación de autorización de desembarque del Estado responsable de la operación SAR a sus propias unidades de salvamento marítimo.

Ante una situación de peligro (Punto 3.1 del Anexo al Convenio SAR), lo normal sería que el Estado responsable del área SAR donde se produce el incidente desplegara sus propias unidades de salvamento marítimo (punto 2.1.9 del Anexo al Convenio SAR), que estas rescataran a los migrantes en peligro y, dado que embarcarían en un buque que ondearía su propio pabellón, que fueran desembarcados en uno de sus puertos. No obstante, en la práctica puede suceder que el Estado responsable de la zona SAR no se haga responsable de la operación o no atienda a la llamada de auxilio y deba ser el RCC de otro Estado vecino quien asuma la coordinación de la operación y despliegue sus propias unidades de salvamento marítimo<sup>925</sup>. Esta, *a priori* excepcional, circunstancia se ha producido en numerosas ocasiones en la zona SAR de Malta dada la problemática situación analizada en el epígrafe 2.1.2b) de este Capítulo sobre su desproporcionada dimensión y su solapamiento con la región SAR italiana. Como consecuencia, en la práctica totalidad de estos casos, el RCC de Roma se encargaba de la coordinación y envío de sus propias unidades de salvamento de la *Guardia Costiera* al lugar del

---

<sup>925</sup> Directrices MSC de 2004, apartado 6.7 «Cuando resulte adecuado, el primer RCC con el que haya establecido contacto debe tratar inmediatamente de transferir el caso al RCC responsable de la región en la cual se está prestando auxilio. Cuando se haya informado acerca de la situación al RCC responsable de la región SAR en la cual se requiere auxilio, dicho RCC debe aceptar inmediatamente la responsabilidad de la coordinación de las actividades de salvamento, ya que las responsabilidades conexas, incluidos los acuerdos respecto de un lugar seguro para los supervivientes, incumben en primer lugar al Gobierno responsable de esa región. Sin embargo, el primer RCC es responsable de la coordinación del caso hasta tanto el RCC responsable u otra autoridad competente asuma su responsabilidad».



incidente. Una vez efectuado el rescate, la tónica habitual era finalizar con el desembarco de los migrantes en un puerto italiano<sup>926</sup>. Sin embargo, acontecimientos recientes obligan a revisar lo que hasta ahora constituía una práctica aceptada.

En verano de 2018 la *Diciotti*, una nave de la *Guardia Costiera* italiana (Servicio de Salvamento Marítimo), en cumplimiento del artículo 69 *Codice della Navigazione*, rescató a 177 migrantes en la zona SAR maltesa a 17 millas de Lampedusa. Como venía siendo costumbre, dado que el RCC responsable de la zona SAR maltesa decidió no enviar sus unidades pese a existir una situación objetiva de peligro, el RCC italiano tomó el mando de la coordinación<sup>927</sup>. La diferencia sustancial con operaciones anteriores fue que, en este caso, el Ministro del Interior italiano denegó al capitán de la *Diciotti* la autorización de desembarco de los rescatados en el puerto de Catania<sup>928</sup>. Tras más de 10 días retenidos en el buque italiano como consecuencia de las discrepancias entre el Ministro de Transporte, que se oponía a la denegación de entrada, y el Ministro del Interior, que se mantenía firme en su negativa hasta que la Comisión Europea aportara una solución para la relocalización de los rescatados, los migrantes fueron desembarcados.

Dado que no se tiene noticia de que el resto de Estados miembros de la Unión Europea hayan denegado la entrada a sus puertos de un buque de su propio servicio de salvamento marítimo tras un rescate, hemos individualizado el análisis llevado a cabo en el presente epígrafe al caso italiano.

---

<sup>926</sup> Así lo afirmaba el Ministerio del Interior Italiano (*Commissario della Polizia di Stato* Dr.ssa Emanuela Campitelli) en *Strategie di contrasto all'immigrazione clandestina via mare*, 95° Corso di Formazione per Commissari della Polizia di Stato, diciembre de 2006, p. 34: «*Il fatto che le Forze Armate Maltesi non dispongano, infatti, di mezzi navali adeguati alle esigenze di intervento nella propria pretesa zona SAR impone alle autorità italiane, che si trovino in pattugliamento in prossimità dell'area, di attuare il soccorso e di trasportare poi i migranti salvati in Italia*».

<sup>927</sup> *Diciotti, il report della Guardia Costiera*: «Una 'nave fantasma' maltese ha portato il barcone verso la zona SAR italiana», noticia de 25 de agosto de 2018 [Disponible en: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/08/24/diciotti-il-report-della-guardia-costiera-una-nave-fantasma-maltese-ha-portato-il-barcone-verso-la-zona-sar-italiana/4578569/> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

<sup>928</sup> *Nave Diciotti, è abuso di potere?*, noticia de 24 de agosto de 2018 que refleja la pregunta de la diputada italiana Lia QUARTAPELLE dirigida al Ministerio de Transporte y al Ministerio del Interior italianos [Disponible en: <https://www.partitodemocratico.it/immigrazione/interrogazione-deputati-pd-nave-diciotti/> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

## 5.2 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico italiano

Ante los hechos relatados cabe preguntarse si el Estado italiano podía denegar la autorización de acceso a puerto a un buque de Estado propio, en ejercicio de qué potestades y quién era la autoridad competente para hacerlo.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que la denegación de autorización de desembarque durante más de 10 días tuvo como consecuencia la privación de la libertad ambulatoria de las personas rescatadas. En este sentido conviene señalar que el artículo 13 de la Constitución italiana establece que

*«Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».*

De acuerdo con este precepto y ante la inexistencia de un pronunciamiento judicial al respecto, la Administración pública italiana solo podía adoptar medidas provisionales de limitación de este derecho en caso de que se acreditara la necesidad y urgencia y siempre que así estuviera previsto en una norma con rango de ley. A este respecto, *a priori*, el único precepto que podía respaldar la actuación del Ministerio del Interior italiano en el momento de los hechos era el artículo 83 del *Codice della Navigazione*<sup>929</sup>. En virtud del mismo, *«Il Ministro dei trasporti e della navigazione può limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione (...)»*<sup>930</sup>.

---

<sup>929</sup> Fulvio VASSALLO PALEOLOGO, *«Un mare di abusi, il consenso contro le leggi, prima la salvaguardia della persona. Un approfondimento sulla vicenda della nave Diciotti»*, Associazione Diritti e Frontiere, Progetto Melting Pot Europa, 23 agosto 2018. Disponible en: [https://www.meltingpot.org/Un-mare-di-abusi-il-consenso-contro-le-leggi-prima-la.html#.W\\_Lj2dVKjIU](https://www.meltingpot.org/Un-mare-di-abusi-il-consenso-contro-le-leggi-prima-la.html#.W_Lj2dVKjIU) [Consultado por última vez el 1 de julio de 2019]

<sup>930</sup> Es necesario destacar que la competencia para limitar o prohibir el tránsito y la parada en el mar territorial ha sido recientemente modificada por el *Decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53 Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica* (G.U. n. 138 del 14 giugno 2019), conocido como *Decreto Sicurezza Bis*. En virtud de su artículo 1, que modifica el artículo 11 del TUSM, *«Il Ministro dell'interno, Autorità*

No obstante, cabe realizar tres objeciones a la aplicación del precepto a la situación relatada. En primer lugar, dicho precepto contempla el ejercicio de la potestad de limitación o prohibición de entrada al mar territorial sobre buques mercantiles, no sobre buques del Estado, por lo que el artículo 83 *Codice della Navigazione* sería inaplicable en este caso. En segundo lugar, según las informaciones disponibles, la decisión de denegar la entrada a puerto del Ministro del Interior italiano estaba fundada en discrepancias en materia de política migratoria<sup>931</sup>, no de orden público como proclaman el artículo 83 del *Codice della Navigazione* y el artículo 13 de la Constitución italiana, lo que podría ser constitutivo de un supuesto de desviación de poder (*sviamento di potere*). En tercer y último lugar, volviendo a la cuestión de la autoridad competente para tomar la decisión, según el artículo 83 del *Codice della Navigazione* es el Ministerio de Transporte el que tiene competencia para denegar la autorización de entrada a un puerto italiano, no el Ministerio del Interior. En conclusión, por todos estos motivos se ha de descartar el mencionado precepto como fundamento de la denegación de autorización de desembarco de las personas rescatadas.

Descartada la vía del artículo 83 del *Codice della Navigazione*, la negativa de desembarco pudo ser el resultado de la decisión sobre cuál era el lugar seguro al que debía dirigirse la *Diciotti* tras el rescate. Recordemos que el mismo se produjo en la zona SAR maltesa pero que, como consecuencia de la falta de respuesta de su servicio de salvamento marítimo, fue la autoridad italiana la que se hizo cargo de coordinar la operación. Conviene traer a colación que la Autoridad SAR italiana viene representada por el *Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto*, la cual ejerce la dirección de la

---

*nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma precedente e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del Mare (...). Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri». Recordamos que, en virtud del artículo 19.2 g) CNUDM, «Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial, (...) g) El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño».*

<sup>931</sup> En este sentido, Lia QUARTAPELLE (Diputada del Partido Democrático), en su pregunta parlamentaria afirmaba que «*il ministro Salvini ha più volte dichiarato che i migranti sarebbero sbarcati solo nel momento in cui fosse stato raggiunto un accordo di ricollocamento dei migranti in altri paesi europei*». [Disponible en: <https://www.partitodemocratico.it/immigrazione/interrogazione-deputati-pd-nave-diciotti/> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

*Guardia Costiera* bajo la dependencia del Ministerio de Transporte, no del Ministerio del Interior, que fue quien denegó el desembarco. No obstante, con la finalidad de entender la participación de este último en el caso objeto de estudio, debemos rescatar un artículo cuya importancia ya destacábamos en el epígrafe 2.1.2 a) de este Capítulo según el cual «*restano immutate le competenze del Corpo delle Capitanerie di Porto per quanto riguarda la salvaguardia della vita umana in mare (...) le situazioni che dovessero presentare aspetti connessi con l'immigrazione clandestina, ferma restando la pronta adozione degli interventi di soccorso, devono essere immediatamente portate a conoscenza della Direzione Centrale e dei Comandi responsabili del coordinamento dell'attività di contrasto all'immigrazione clandestina indicati agli articoli 4 e 5 [Forze de Polizia, Guardia di Finanza e Marina Militare]*» (artículo 2.2 Decreto Decreto 14 luglio 2003). Este precepto parece habilitar al Ministerio del Interior italiano (responsable en materia de inmigración irregular y control de frontera<sup>932</sup>) para participar en la toma de decisiones en operaciones de salvamento cuando estas presenten «*aspetti connessi con l'immigrazione clandestina*». Sin embargo, incluso teniendo en cuenta el precepto anterior (y que este fuera un título habilitante para el Ministerio del Interior en materia de determinación de puerto seguro a efectos de salvamento), este último en ningún caso tendría competencia para denegar unilateralmente la entrada a un puerto italiano de un buque de Estado, sino que dicha decisión debería ser consensuada con el Ministerio de Transporte<sup>933</sup>. Así lo confirma un comunicado de la *Guardia Costiera* en relación con Preguntas frecuentes sobre «*Attività di soccorso in mare nel Mediterraneo Centrale*». El

---

<sup>932</sup> Artículo 1-bis. TUSM: «*Il Ministro dell'interno, sentito, ove necessario, il Comitato nazionale per l'ordine e la sicurezza pubblica, emana le misure necessarie per il coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana. Il Ministro dell'interno promuove altresì apposite misure di coordinamento tra le autorità italiane competenti in materia di controlli sull'immigrazione e le autorità europee competenti in materia di controlli sull'immigrazione ai sensi dell'Accordo di Schengen, ratificato ai sensi della legge 30 settembre 1993, n. 388*».

<sup>933</sup> De forma similar, aunque no idéntica, recordamos que, en el caso de España, a la hora de tomar la decisión sobre el lugar de refugio para un buque necesitado de asistencia, el Director General de la Marina Mercante (Presidente de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima nombrado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) «estará asistid[o] por un comité técnico cuyo asesoramiento podrá recabar. Formarán parte del mismo el capitán marítimo, el jefe del distrito marítimo, los coordinadores de inspección y de seguridad marítima y cualesquiera otras personas cuyo criterio pudiera ser relevante en las decisiones a adoptar, a criterio del director general» (artículo 299.2 TRLPEMM). Entre dichas personas cuyo criterio pudiera ser relevante podría encontrarse el Director General de la Guardia Civil, como responsable de la inmigración irregular, si se produjera un caso como el analizado en este epígrafe.

mismo establece que «*Per l'Italia, il place of safety è determinato dall'Autorità SAR in coordinamento con il Ministero dell'Interno*»<sup>934</sup>.

De los argumentos precedentes se deduce que las denegaciones de entrada a puerto de buques del Estado que rescataban a migrantes emanadas del Ministerio del Interior italiano constituían medidas adoptadas por un órgano carente de competencia y sin apoyo legal alguno, ya que, recordemos, la posible habilitación de dicho Ministerio para participar en operaciones de salvamento que presenten aspectos conexos con la inmigración clandestina proviene de un Decreto Ministerial, no de una norma con rango de ley. Por lo tanto, tales actuaciones podrían suponer una vulneración del artículo 13 de la Constitución italiana.<sup>935</sup>

### 5.3 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Además de analizar la conformidad de una medida como la adoptada por el Gobierno italiano en el caso *Diciotti* con el ordenamiento jurídico nacional, conviene analizar las consecuencias de la citada actuación administrativa desde el punto de vista de las libertades y derechos humanos de las personas afectadas por ella.

#### 5.3.1 Las garantías del Derecho de la Unión aplicables a las personas rescatadas en una operación de salvamento que se encuentren en el mar territorial de un Estado miembro

En el caso expuesto, la intención del Ministro del Interior italiano, como queda demostrado con su apelación a la Comisión Europea para que diera una solución sobre la relocalización de los rescatados<sup>936</sup>, era impedir que los migrantes pisaran territorio italiano para así evitar tener que proceder a la tramitación de las solicitudes de protección internacional (en aplicación del Reglamento Dublín y la Directiva sobre Procedimientos

---

<sup>934</sup> Respuesta de la *Guardia Costiera* a la pregunta relacionada con la actividad de salvamento en el Mediterráneo Central «¿Qué es un puerto seguro y cómo se determina?» [Disponible en: <http://www.guardiacostiera.gov.it/servizi-al-cittadino/Pages/place-of-safety.aspx> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

<sup>935</sup> De hecho, según Lia QUARTAPELLE, la fiscalía de Agrigento anunció el 22 de agosto «*di essere in procinto di valutare di aprire una inchiesta per sequestro di persona*». [Información disponible en: <https://www.partitodemocratico.it/immigrazione/interrogazione-deputati-pd-nave-diciotti/> (Consultado por última vez el 1 de julio de 2019)].

<sup>936</sup> «Malta si è rifiutata di accoglierli, e l'Italia di farli sbarcare in mancanza di un accordo Unione Europea sulla ripartizione dei profughi», noticia de 21 de agosto de 2018 [Disponible en: [http://catania.gds.it/2018/08/21/migranti-la-nave-diciotti-nel-porto-di-catania-ma-non-ce-il-via-libera-allo-sbarco\\_903269/](http://catania.gds.it/2018/08/21/migranti-la-nave-diciotti-nel-porto-di-catania-ma-non-ce-il-via-libera-allo-sbarco_903269/) (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

de Asilo) y los expedientes de retorno de los inmigrantes irregulares (en virtud de la Directiva Retorno)<sup>937</sup>. No obstante, es necesario señalar que el hecho de que se impida el desembarco no siempre permite huir de las garantías previstas en la normativa aplicable.

En relación con el ejercicio del derecho de asilo, dado que el puerto de Catania (en el que estuvieron retenidos los migrantes) entra dentro del ámbito de aplicación delimitado por el artículo 2 de la Directiva sobre Procedimientos de asilo (y por el *Decreto legislativo 18 de agosto de 2015, n.142* que transpone la mencionada Directiva en Italia)<sup>938</sup>, podemos concluir que cualquier rescate efectuado por el servicio marítimo italiano que concluya en uno de sus puertos (independientemente de si hay desembarco o no) y, por tanto, en sus aguas territoriales, obliga al Estado a tramitar las solicitudes de protección internacional de los rescatados. En caso contrario, se estaría vulnerando la legislación interna, el artículo 10 de la Constitución Italiana<sup>939</sup>, la Directiva sobre Procedimientos de asilo y el artículo 18 CDFUE<sup>940</sup>.

En relación con el marco jurídico aplicable a los migrantes irregulares rescatados, no coincidimos con ROMANOTTO y BONETTI en que lo que correspondería tramitar

---

<sup>937</sup> Exactamente el mismo *modus operandi* siguió el Ministerio del Interior italiano en el caso *Gregoretti* en julio de 2019. La nave *Gregoretti*, también perteneciente a la *Guardia Costiera* italiana, rescató el 26 de julio de 2019 a 131 migrantes como resultado de diversas intervenciones en el Mediterráneo. A su llegada al puerto de Augusta, el Ministerio del Interior denegó el desembarco de la mayoría de los rescatados (a excepción de los que se encontraban en situación crítica). El Ministro Salvini declaró haber «*dato disposizione che non venga assegnato nessun porto prima che ci sia sulla carta una redistribuzione in tutta Europa dei migranti a bordo*». Finalmente, tras unas negociaciones lideradas por la Comisión Europea, los migrantes fueron desembarcados el 31 de julio de 2019 cuando Alemania, Francia, Portugal, Luxemburgo e Irlanda se comprometieron a reubicar a los rescatados [*Il Fatto Quotidiano*, noticia de 30 de julio de 2019, «*Migranti, la Procura di Siracusa apre fascicolo sulla vicenda della nave Gregoretti della Guardia Costiera*». Disponible en: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/07/30/migranti-la-procura-di-siracusa-apre-fascicolo-sulla-vicenda-della-nave-gregoretti-della-guardia-costiera-comandante-sentito-dai-pm/5358288/> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2019)].

<sup>938</sup> El artículo 3.1 de la Directiva Asilo establece que «La presente Directiva se aplicará a todos los nacionales de terceros países y apátridas que presenten una solicitud de protección internacional en el territorio, incluida la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de un Estado miembro, siempre y cuando se les permita permanecer en su territorio en calidad de solicitantes, así como a los miembros de su familia si quedan cubiertas por la solicitud de protección internacional de conformidad con el Derecho nacional».

De forma idéntica, el artículo 1 del *Decreto legislativo 18 de agosto de 2015, n.142* dispone que «*Il presente decreto stabilisce le norme relative all'accoglienza dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi richiedenti protezione internazionale nel territorio nazionale, comprese le frontiere e le relative zone di transito, nonché le acque territoriali, e dei loro familiari inclusi nella domanda di protezione internazionale*».

<sup>939</sup> Artículo 10 *Costituzione della Repubblica Italiana*: «(...) Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge (...)».

<sup>940</sup> Artículo 18 CDFUE: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (...)».

conforme al ordenamiento jurídico italiano en casos como el de la *Dicciotti* es un procedimiento de devolución en diferido (equivalente al procedimiento de devolución en España)<sup>941</sup>. El artículo 10.2 del TUSM establece que:

*«Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: (...) b) che, nelle circostanze di cui al comma 1 [senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato], sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso».*

De acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el epígrafe 4.2 de este Capítulo, aunque pareciera que una situación de llegada de un inmigrante irregular a un puerto italiano tras una operación de rescate marítimo pudiera encajar fácilmente en el supuesto previsto por el artículo 10.2.b) TUSM, la apreciación de un abuso de derecho en el comportamiento de los migrantes irregulares llevaría a la aplicación del procedimiento de *respingimento* (equivalente al procedimiento de retorno o denegación de entrada en España). En virtud del artículo 10.1 TUSM *«La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato»*. Cualquier actuación distinta al procedimiento previsto legalmente sería contraria, además de a la legislación interna, a la Directiva Retorno y a la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 19.1 CDFUE.

Si lo que pretendía el Ministro del Interior italiano era evitar tener que tramitar procedimientos de retorno con todas las garantías previstas en la legislación nacional, era necesario, tal y como se señaló en el Capítulo III, haber previsto explícitamente en el derecho interno la no aplicación de tales garantías a los denominados «casos fronterizos», como explícitamente permite el artículo 2.2.a) de la Directiva Retorno. No obstante, incluso optando por esta disminución de las garantías previstas, sería necesaria la observancia del principio de no devolución, el cual tiene carácter absoluto<sup>942</sup>.

---

<sup>941</sup> Sergio ROMANOTTO e Paolo BONETTI, *«Respingimenti»*, *Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione*, 14 de septiembre de 2009, p. 15 [Disponible en: <http://www.asgi.it/> (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

<sup>942</sup> Llama especialmente la atención que el legislador italiano no haya introducido una modalidad «rápida» de devolución en casos de entrada irregular de migrantes económicos cuando sí que se ha previsto un procedimiento de tramitación de solicitud de asilo específica para casos en que el solicitante de asilo haya entrado irregularmente en el territorio italiano (artículo 9 *Decreto Sicurezza*).

Finalmente, teniendo en cuenta que la actuación administrativa podría contravenir el art. 13 de la Constitución Italiana (relativo a la libertad deambulatoria) por los motivos expuestos en el epígrafe anterior, cabe preguntarse si también se consideraría susceptible de violación el precepto homólogo de la CDFUE (artículo 6). Parece que la respuesta debería ser negativa. Es necesario tener en cuenta que, en el caso objeto de análisis, Italia se encontraba ejerciendo potestades en materia de salvamento sobre la cual, en principio, la Unión Europea no tiene competencias atribuidas para su regulación fuera del ámbito correspondiente a la vigilancia. Recordamos que en este caso el buque que efectuó el rescate era del servicio de salvamento marítimo italiano, no de la *Guardia di Finanza* o la *Marina Militare*, en cuyo supuesto sí que se podría justificar la vinculación del Estado italiano a la CDFUE en tanto en cuanto Italia se encontraría en ese caso ejerciendo funciones de control de frontera y, en consecuencia, ejecutando Derecho de la Unión (artículo 13 CFS 2016).

#### 5.3.2 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Pocas dudas caben respecto a la aplicación del CEDH a casos como el que es objeto de análisis en este epígrafe, dado que los rescatados se encuentran en un buque de pabellón italiano y en aguas donde Italia ejerce su jurisdicción. Por ello, el Convenio sería plenamente aplicable de conformidad con las conclusiones alcanzadas en el Capítulo V.

En primer lugar, en caso de que la negativa de autorización de entrada a un puerto italiano de un buque de salvamento marítimo del mismo Estado tuviera como consecuencia la privación de libertad de los rescatados, esta decisión podría suponer una vulneración del artículo 5 CEDH<sup>943</sup>. Como puede observarse, al contrario de lo que sucede con la CDFUE, en este caso el derecho a la libertad deambulatoria sí estaría protegido. En segundo lugar, en el supuesto de que la negativa de autorización de entrada a un puerto italiano de un buque de salvamento marítimo del mismo Estado tuviera como consecuencia, además de la privación de libertad, el desembarco de los rescatados en otro país sin haber procedido previamente a su identificación, podría suponer la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). Ahora bien, habría que considerar lo

---

<sup>943</sup> Artículo 5 CEDH: «Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio (...).».



dispuesto en el artículo 17 CEDH, según el cual «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta». Volviendo a la posible apreciación de un abuso del derecho a la vida por parte de los migrantes irregulares, en el caso de que el rescate «de cualquier manera perjudi[cara] a los derechos y libertades reconocidos en el Convenio», como el derecho a la libertad y a la seguridad de los ciudadanos del Estado miembro en el que son desembarcados (artículo 5 CEDH), impediría el reconocimiento de estos últimos. Para ello sería necesario probar el perjuicio que supone para la libertad y la seguridad de los nacionales de un Estado un ejercicio abusivo del derecho a la vida que obstaculice las labores de control fronterizo que debe realizar su Estado precisamente para garantizar su libertad y seguridad. Adicionalmente, si en ese otro Estado al que hipotéticamente se trasladaran los rescatados sus vidas y su libertad corrieran peligro, nos podríamos encontrar ante la vulneración del principio de no devolución del artículo 3 CEDH, conforme a la interpretación que el TEDH ha dado a este precepto<sup>944</sup>.

## **6. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ASISTENCIA A EMBARCACIONES EN PELIGRO POR PARTE DE BUQUES DE ESTADO EN EJECUCIÓN DE MEDIDAS DE VIGILANCIA FRONTERIZA. ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LOS ACUERDOS BILATERALES CON TERCEROS ESTADOS**

Las operaciones que se analizarán en este epígrafe vienen protagonizadas por buques de las fuerzas y cuerpos de seguridad de un Estado miembro que, en ejercicio de sus funciones de vigilancia fronteriza, se ven obligados a prestar asistencia a una embarcación de migrantes en peligro. Dichas situaciones se producen, bien porque el propio buque (*Guardia de Finanza*, Servicio Marítimo de la Guardia Civil o buques militares), percatándose de una situación de peligro, contacta con el RCC de la zona SAR responsable del lugar donde se produce el siniestro (en cumplimiento de sus obligaciones de asistencia) o bien cuando el RCC responsable de la zona SAR recibe una llamada de auxilio y alerta al buque en cuestión de la necesidad de colaborar por encontrarse en las

---

<sup>944</sup> Vid. Capítulo V.

inmediaciones del lugar del siniestro<sup>945</sup>. En ambos casos hablamos de RCC responsable de la zona SAR porque es la regla general establecida por el Convenio de Hamburgo. No obstante, debe tenerse en cuenta que, como ya hemos indicado, el RCC responsable de la zona SAR no siempre es el que se hace cargo de la operación en primera instancia, bien porque se abstiene de atender la llamada que comunica el peligro (como suele ocurrir con el RCC de Malta), o bien porque el buque rescatador decide, ante la duda sobre qué Estado es responsable SAR de un espacio marítimo concreto, contactar primero con el RCC de su Estado de pabellón (como suele ocurrir cuando la Guardia Civil detecta una situación de peligro en el estrecho de Gibraltar). Sea cual sea el motivo, hasta que el RCC responsable de la zona SAR se haga responsable, el RCC que es contactado en primer lugar asume la responsabilidad de la coordinación<sup>946</sup>.

Debido a las circunstancias que rodean el tipo de actuaciones que se analizan en este epígrafe, en muchísimas ocasiones el Estado del pabellón del buque rescatador será el mismo que coordina la operación en primera instancia mediante su RCC. Así sucede cuando las FFCCS italianas rescatan a migrantes en peligro coordinados por el RCC de Roma, aunque el incidente se produzca en la zona SAR de Malta o Libia, y aquellas en las que la Guardia Civil lo hace coordinada por el RCC de Madrid, aunque la situación de peligro se detecte en la zona SAR marroquí<sup>947</sup>. Teniendo en cuenta que el Estado que coordina la operación es el mismo que efectúa el rescate, como sucedía en el epígrafe anterior, lo lógico sería que los rescatados desembarcaran en ese Estado omnipresente en todas las facetas de la operación. No obstante, al contrario de lo que sucedía con los servicios de salvamento, en las operaciones protagonizadas por buques de las FFCCS de un Estado miembro, los migrantes no suelen desembarcar en el territorio de dicho Estado. Ello se debe a que, desde los años 90, los Estados miembros de la frontera sur de la Unión Europea han celebrado acuerdos internacionales con terceros Estados de origen y tránsito

---

<sup>945</sup> Recordamos que, ante una situación de peligro producida de acuerdo con lo dispuesto en el punto 3.1 del Anexo al Convenio SAR, el RCC de la zona SAR donde tiene lugar el suceso, además de alertar «a los pertinentes servicios de búsqueda y salvamento» (Punto 5.3.2 del Anexo al Convenio SAR), debe solicitar «cualquier ayuda que pueda obtener de buques, aeronaves o servicios no incluidos específicamente en la organización de búsqueda y salvamento, teniendo presente que en la mayoría de las situaciones de peligro que se producen en zonas oceánicas, otros buques que se encuentren en las inmediaciones serán importantes elementos para las operaciones de búsqueda y salvamento» (Punto 5.3.3.6 del Anexo al Convenio SAR).

<sup>946</sup> Recordamos que conforme al punto 6.7 de las Directrices de la OMI de 2004 «(...) el primer RCC [con el que se contacta] es responsable de la coordinación del caso hasta tanto el RCC responsable u otra autoridad competente asuma su responsabilidad».

<sup>947</sup> Dado su reducido tamaño, Gibraltar no tiene zona SAR bajo su coordinación porque no existe una autoridad SAR británica afincada en el territorio, quedando sus aguas territoriales bajo la jurisdicción de España a efectos de salvamento y rescate.

de flujos migratorios para tratar de concertar el desembarco de los migrantes rescatados en dichos Estados. Es decir, a las operaciones de interceptación transformadas en operaciones de salvamento se les aplica el régimen jurídico previsto para las primeras en lo que respecta al desenlace.

Como se comprobará a continuación, aunque formalmente el objeto de dichos acuerdos es la cooperación en el ámbito de la inmigración irregular, estos suelen llevar aparejados protocolos de actuación entre las fuerzas de seguridad de los Estados parte que habilitan el desembarco de los migrantes rescatados en operaciones de salvamento por uno de dichos Estados en el territorio del otro. Esta maniobra no deja de ser, en el fondo, una respuesta al abuso de derecho cometido por parte de algunas de las personas rescatadas. Aplicando acuerdos migratorios y las correspondientes medidas de interceptación a operaciones de salvamento, los Estados tratan de evitar que los migrantes económicos eludan la normativa de control de fronteras. El problema de este *modus operandi* es que no tiene en cuenta que estos rescates se enfrentan a flujos mixtos de migrantes y solicitantes de protección internacional y, al tratarlos a todos de igual manera, se causa un perjuicio a estos últimos y a sus derechos, como el principio de no devolución. Dado que, como apuntamos en el epígrafe 3.2.2 de este Capítulo, no es recomendable realizar los procedimientos de clasificación e identificación de las personas rescatadas en el buque de rescate, entendemos que no es aconsejable la adopción de las medidas de vigilancia de forma indiscriminada. Ello llevaría a posponer la aplicación de la normativa de control de fronteras a un momento posterior al desembarco e identificación.

#### 6.1. La política de *push-back* consecuencia de los acuerdos ítalo-libios

Las actuaciones administrativas que se analizarán en el presente epígrafe tienen lugar en el seno de la ejecución de los Acuerdos y Protocolos ítalo-libios firmados entre 2000 y 2009. Tal y como se señaló en el Capítulo V, el *Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista*; el *Protocollo Aggiuntivo Tecnico-Operativo al Protocollo di Cooperazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina* (ambos de 29 de diciembre de 2007) y el *Protocollo* de carácter secreto firmado el 4 de febrero de 2009 por el entonces Ministro del Interior *Roberto Maroni* en *Trípoli* son las bases sobre las cuales se cimentó la política de *push-back* o devoluciones en el mar por parte del Gobierno italiano a Libia. El hecho de que los mismos tuvieran por objeto la regulación de operaciones de interceptación de

migrantes en su tránsito por mar hacia Italia no impidió su utilización cuando dichas operaciones se transformaban en operaciones de salvamento como consecuencia del medio escogido por los migrantes para su viaje a la Unión Europea. Es decir, el hecho de que los migrantes viajaran en embarcaciones de fortuna y, como consecuencia, se convirtieran en objeto de rescate no impedía que la consecuencia fuera la misma que si hubieran viajado en un buque en perfectas condiciones de navegabilidad: su desembarco en territorio libio.

#### 6.1.1 El *modus operandi* de las autoridades italianas durante el verano de 2009

A partir de 6 de mayo de 2009, fecha en la que Libia aceptó por primera vez la recepción de los migrantes interceptados y rescatados por las autoridades italianas en alta mar<sup>948</sup>, comienza una nueva categoría de operaciones de interceptación (derivadas de operaciones de salvamento) que se repitieron durante los meses de junio, julio y agosto del mismo año. Para conocer los entresijos de estas operaciones de naturaleza híbrida es de gran utilidad el informe del Comité de Prevención de la Tortura (CPT) de 28 de abril de 2010 en el que se describe detalladamente el *modus operandi* de las autoridades italianas durante el verano del 2009<sup>949</sup>. Conforme al citado informe, si la embarcación era rescatada en aguas territoriales italianas, los migrantes «eran llevados a tierra donde se beneficiaban de las garantías legales y procedimentales previstas por el Derecho italiano y de la UE»<sup>950</sup>. Por el contrario, si el incidente se producía entre las 12 y las 24 millas de distancia de las costas italianas (zona contigua) la *Guardia di Finanza* efectuaba el rescate y la posterior devolución a Libia de los migrantes. El mismo destino sufrían aquellos rescatados más allá de las 24 millas de las costas italianas (alta mar), con la única diferencia de que el cuerpo encargado del *push-back* era la marina militar. La operativa relatada por el informe del CPT es razonable teniendo en cuenta que coincide con la distribución de competencias entre *Forze di Polizia*, *Guardia di Finanza* y *Marina militare* en materia de vigilancia fronteriza trazada por el *Decreto del Ministero*

---

<sup>948</sup> «Tripoli accetta di riprendersi due barconi di clandestini», noticia del *Corriere della sera* de 7 de mayo de 2009, (autor: E. Dellacasa), *apud* Gianluca BATTISTA, «La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare», *Associazione italiana dei costituzionalisti*, *Revista* n.º 3/2011, p. 5.

<sup>949</sup> Comité para la Prevención de la Tortura, Tratos Inhumanos y Degradantes, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009*, (en adelante, CPT/Inf (2010) 14].

<sup>950</sup> *Ibidem*, p. 7.

*dell'Interno 14 luglio 2003, Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina.*

Es necesario tener en cuenta que la mayoría de estas operaciones de rescate se producían en la zona SAR maltesa que, como se ha mencionado anteriormente, cubre las aguas territoriales de las islas italianas de Lampedusa y Lampione. No obstante, ante la pasividad del RCC de Malta, el RCC de Roma asumía la responsabilidad relativa a la coordinación de la operación por ser este el RCC contactado por los buques del Estado italianos en segundo lugar<sup>951</sup>. Cumpliendo con las obligaciones internacionales, Italia desplegaba sus unidades de salvamento provistas de primeros auxilios y personal médico. Conforme al informe del CPT, si dicho personal entendía que era necesario hospitalizar a los migrantes, la *Guardia Costiera* se aseguraba de trasladarlos a Lampedusa. El resto, como se ha señalado, eran devueltos a Libia por la *Guardia di Finanza* o la *Marina Militare*<sup>952</sup>.

#### 6.1.2 Análisis de la conformidad de los *push-back* con el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

De la misma manera que en el epígrafe anterior se expuso cuál debería ser el régimen jurídico aplicable a los migrantes rescatados por la *Guardia Costiera* (servicio de salvamento marítimo) y trasladados a un puerto italiano (aguas territoriales), a continuación nos centraremos en aquellas personas rescatadas por los cuerpos italianos encargados de la vigilancia fronteriza en la zona contigua y en alta mar. Al contrario de lo que sucedía cuando el rescate de la *Guardia Costiera* culminaba en un puerto italiano (como el caso analizado de la *Diciotti*), dada la delimitación territorial de la Directiva Retorno y la Directiva sobre Procedimientos de asilo, en principio, debemos importar a esta sede las conclusiones obtenidas en el Capítulo V respecto a la inaplicación de las mencionadas directivas en la zona contigua de los Estados miembros y alta mar.

En relación con lo anterior, cabe cuestionarse si dicha inaplicación es una opción válida en ordenamientos jurídicos como el italiano en los que se establece que «*Le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano*» (artículo 4 *Codice della Navigazione*). Es decir, cabe preguntarse si el precepto reproducido permite considerar

---

<sup>951</sup> Punto 6.7 de las Directrices del MSC de 2004.

<sup>952</sup> CPT/Inf (2010) 14, p. 8

aplicables aquellas directivas cuyo ámbito de aplicación se restringe al territorio de los Estados miembros. Aunque pudiera parecer una interpretación demasiado forzada, la ficción jurídica que permite considerar un buque como territorio del Estado cuyo pabellón enarbola provocó la preocupación del Consejo de la UE. Concretamente, el informe de CIVIPOL, organismo consultor del Ministerio del Interior Francés, sobre el control de las fronteras marítimas de la Unión Europea proponía la adopción de una Directiva que permitiera a las legislaciones nacionales reconsiderar la extensión de su jurisdicción a los buques que enarbolaran su pabellón. Ello permitiría afirmar que la ley aplicable a estos buques no es la del Estado miembro y, por lo tanto, que los migrantes «rescatados» en el mar no podían reclamar haber cruzado la frontera del Estado del pabellón del buque rescatador, lo cual «permitiría que los inmigrantes rescatados fueran devueltos directamente al país de salida»<sup>953</sup>. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, parece que no sería necesario adoptar la Directiva propuesta por CIVIPOL para excluir la aplicación del acervo sobre asilo en los buques de los Estados miembros situados más allá del mar territorial. Según el TEDH, el artículo 4 del *Codice della Navigazione* contempla un ejercicio de jurisdicción del Estado miembro sobre sus buques, pero de carácter extraterritorial (ap. 78). Es decir, aunque el mencionado artículo 4 constituya el fundamento para justificar la aplicación del CEDH a las actuaciones llevadas a cabo por buques italianos, es precisamente el carácter extraterritorial de la jurisdicción el que impediría considerar aplicables las normas del ordenamiento jurídico de la Unión o de los Estados miembros que restrinjan su ámbito de aplicación al territorio.

Independientemente de la aplicabilidad o no de las Directivas sobre Procedimientos de asilo y Retorno mencionadas a las situaciones objeto de análisis en este epígrafe, y dado que «las actividades de vigilancia fronteriza llevadas a cabo en el mar, ya sea en aguas territoriales, su zona contigua, la zona económica exclusiva o en alta mar, están dentro del ámbito de aplicación del CFS»<sup>954</sup>, las garantías reconocidas por este último Reglamento sí que son indudablemente aplicables. Concretamente, el artículo 3 CFS 2016 establece que «El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce

---

<sup>953</sup> Consejo de la Unión Europea, *Feasibility study on the control of the European Union's maritime borders*, Project 114410, 19 de septiembre de 2003, p. 61.

<sup>954</sup> Dictamen Jurídico de 15 de julio de 2009 del Vice-Presidente de la Comisión Europea, Jacques BARROT, sobre la «devolución a Libia por mar por parte de las autoridades italianas de diversos grupos de emigrantes». Vid. STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, as. 27765/09, ap. 34.

las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a (...) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución». En virtud de lo anterior, las actuaciones consistentes en la devolución o *push-back* de los migrantes rescatados por las autoridades de vigilancia fronteriza de los Estados miembros a terceros Estados en los que su vida o su libertad corra peligro son contrarias al artículo 3 CFS 2016 y, como consecuencia, al artículo 19.2 CDFUE (principio de no devolución).

Dado que en virtud del artículo 52.3 CDFUE «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», conviene traer a colación la jurisprudencia aplicable a este tipo de situaciones derivada de la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* de 23 de febrero de 2012. Como sabemos, dicha sentencia contiene la posición del TEDH respecto a la política de *push-back* italiana en el verano de 2009. Dado que la sentencia ha sido ya objeto de análisis en páginas anteriores, nos limitamos ahora a recordar que el TEDH, realizando una aplicación extraterritorial del CEDH<sup>955</sup>, consideró vulneradas las prohibiciones de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH) y no devolución (artículo 3 CEDH) así como el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). La única crítica que podría realizarse al fallo del TEDH es que, quizás, hubiera sido conveniente abordar la posible existencia de un abuso del derecho a la vida (en su vertiente de derecho a ser rescatado) por parte de algunas de las personas rescatadas; lo cual moderaría o incluso impediría considerar violada la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a un recurso efectivo.

## 6.2 La política de rescate-entrega de personas rescatadas en el mar consecuencia de los acuerdos hispano-marroquíes

Italia no ha sido el único Estado miembro de la Unión Europea que ha celebrado acuerdos bilaterales con los países de origen y tránsito de flujos migratorios. Debido a la calidad y cantidad de las fuentes disponibles, tanto legales como institucionales, a continuación nos centraremos en el análisis de la colaboración hispano-marroquí en materia de inmigración ya que, como se ha podido comprobar hasta el momento, la

---

<sup>955</sup> Como apunta Killian O' BRIEN en «Refugees on the high seas: International Refugee Law Solutions to a law of the sea problem», cit., p. 726, «no puede haber un ejemplo más perfecto de estar bajo control efectivo de otro que cuando te tienen que rescatar de un barco que se hunde».

sustitución de las operaciones de interceptación por las operaciones de salvamento no impide que los Estados miembros continúen aplicando la normativa reguladora de las operaciones de interceptación, aunque exista la obligación de rescatar a los interceptados. Es necesario señalar que la política seguida con Marruecos en este ámbito constituyó un referente para los acuerdos celebrados posteriormente en el seno del Plan África que fueron estudiados en el Capítulo V<sup>956</sup>.

Lo cierto es que la batería de acuerdos hispano-marroquíes en materia migratoria es prolija y afecta a multitud de ámbitos. En primer lugar, se celebró un acuerdo general cuyo objeto fue simplemente acercar posturas entre dos Estados próximos geográficamente (Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat, el 4 de julio de 1991); en segundo lugar, se trató de facilitar el retorno de inmigrantes irregulares procedentes de Marruecos a través del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, de 13 de febrero de 1992<sup>957</sup>; en tercer lugar se puede destacar el Acuerdo de cooperación en materia de lucha contra la contaminación y salvamento marítimo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho *ad referendum* en Rabat, el 6 de febrero de 1996, instrumento clave para la cooperación entre los servicios de salvamento de ambos países para afrontar los incidentes que tengan lugar en el estrecho de Gibraltar. Por último, es necesario hacer referencia al acuerdo que regula la cooperación y colaboración entre las fuerzas y cuerpos de seguridad de los dos países para luchar contra las amenazas comunes: el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho *ad referendum* en Madrid, el 16 de noviembre de 2010.

---

<sup>956</sup> Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho *ad referendum* en Banjul el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 310 de 28 de diciembre de 2006); Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho *ad referendum* en Conakry el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 26, de 30 de enero de 2007); Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE n.º 39, de 14 de febrero de 2008); Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho *ad referendum* en Bissau el 27 de enero de 2008 (BOE n.º 134, de 3 de junio de 2009); Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (BOE n.º 185, de 4 de agosto de 2003); Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008 (BOE n.º 160 de 3 de julio de 2008); Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y la República de Senegal sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho *ad referendum* en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE n.º 63, de 14 de marzo de 2009).

<sup>957</sup> Sobre este acuerdo *vid.* Capítulo IV.



La concreta presencia de la Guardia Civil en aguas territoriales marroquíes viene motivada por la existencia de un memorando (o, como se apuntó en el epígrafe 5.1.4 del Capítulo anterior, «acuerdo internacional administrativo») firmado con Marruecos en 2004<sup>958</sup> que constituye «la base para la necesaria cooperación operativa y humanitaria para prevenir adecuadamente los flujos de inmigración irregular hacia Europa, hacia las costas, Ceuta y Melilla, permitiendo a la Guardia Civil el despliegue de patrullas conjuntas en colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad marroquí correspondientes»<sup>959</sup>. Pese a la incertidumbre que se deriva del secretismo de estos instrumentos, probablemente, el mencionado Memorando de 2004 al que se acaba de hacer referencia sea el mismo documento al que se remite la Orden de Servicio 6/2014 de la Dirección General de la Guardia Civil «Dispositivo anti-intrusión en la frontera de Melilla y Protocolo operativo de vigilancia de costas y fronteras». La citada Orden de Servicio establece como misión de la Guardia Civil «impedir la llegada de inmigrantes por mar, mediante la detección temprana en aguas territoriales marroquíes activando el *Protocolo de colaboración con las FSM [Fuerzas de Seguridad Marroquíes]*» (cursiva añadida).

En virtud de las informaciones disponibles, el mencionado Protocolo o Memorando (suponiendo que fueran lo mismo) regula tanto cuestiones cooperativas (control fronterizo) como humanitarias (salvamento marítimo). Ello dificulta la labor de encontrar el Acuerdo que constituye su base jurídica, sobre todo teniendo en cuenta que no existe ninguno que combine ambas regulaciones. Si la respuesta fuera el Acuerdo hispano-marroquí de cooperación en materia de lucha contra la contaminación y salvamento marítimo de 1996, significaría que se ha utilizado un acuerdo de salvamento para regular cuestiones de control fronterizo. Si, por el contrario, se entendiera que su base es el Acuerdo en materia de cooperación policial transfronteriza de 2010, cuya naturaleza es claramente más operativa, resulta que este es posterior al mencionado Protocolo. Descartando ambas opciones y ante la incertidumbre sobre el origen del Protocolo que regula las actuaciones objeto de análisis, debemos señalar que la solución

---

<sup>958</sup> Memorando de colaboración para la realización de Patrullas Mixtas Guardia Civil-Gendarmería Real de Marruecos. Acta de la segunda reunión del Grupo Migratorio Permanente Hispano-marroquí de 16 de enero de 2004. Fuente: Observatorio Permanente de la Inmigración, Gobierno de España, *Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular*, 2011, p. 40 y 41.

<sup>959</sup> Gobierno de España, «Informe Anual Políticas de inmigración y asilo para la Red Europea de Inmigraciones 2013», p. 102. Disponible en: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/annual-policy/2013/26b\\_spain\\_annual\\_policy\\_report\\_2013\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/annual-policy/2013/26b_spain_annual_policy_report_2013_es.pdf) [Consultado por última vez el 14/08/2020].

se encuentra implícita en el órgano que lo aprobó, el Grupo Migratorio Permanente Hispano-Marroquí. Este se constituyó en ejecución del Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 1991 con el objeto de «coordinar, entre otras, las actuaciones de ambos Estados relacionadas con el fenómeno migratorio. De este Grupo Permanente depende un Sub-Comité Técnico, que propone medidas para mejorar la coordinación y actividades policiales relacionadas con el fenómeno de la inmigración irregular»<sup>960</sup>. De todo lo anterior se deduce que el Acuerdo más generalista y antiguo de los que regulan la cooperación hispano-marroquí parece ser el origen del instrumento que hoy día permite algo tan actual, rutinario y frecuente como la devolución por parte de la Guardia Civil de las personas rescatadas en aguas territoriales marroquíes a sus autoridades.

#### 6.2.1 El *modus operandi* de las autoridades españolas en aguas territoriales marroquíes

Para determinar la práctica hispano-marroquí concertada para contener las llegadas irregulares a través del estrecho, resulta de gran utilidad la respuesta del Gobierno de España a la pregunta formulada por la senadora MORA GRANDE sobre si «es práctica de las patrulleras de la Guardia Civil en Ceuta interceptar, a los efectos de detener su tránsito, pateras en aguas territoriales o internacionales hasta que son recogidas por la Marina marroquí». La respuesta del ejecutivo fue que «Si el rescate de estas personas se produce en aguas españolas, se procede con las mismas según lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo por ello puestas a disposición de efectivos de la Policía Nacional tras su llegada a puerto. Por el contrario, si el rescate se produce en aguas marroquíes, atendiendo a la necesidad de salvaguardar la vida humana y una vez se ha producido la primera e ineludible actuación (rescate), las personas son recogidas por las autoridades marroquíes con sus embarcaciones, siempre que las mismas no necesiten de una atención médica urgente, en cuyo caso son trasladadas de inmediato al puerto de Ceuta»<sup>961</sup>.

---

<sup>960</sup> Preámbulo Real Decreto 845/2006, de 7 de julio, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal.

<sup>961</sup> Respuesta del Gobierno el 5 de mayo de 2017 a la Pregunta escrita al Senado n.º 684/11572 de 20 de febrero de 2017 realizada por Dña. Mª Isabel MORA GRANDE, XII Legislatura, Registro General.

La práctica relatada queda confirmada por los comunicados de prensa de Salvamento Marítimo que señalan que, detectada una situación de naufragio de una patera en aguas marroquíes, «inmediatamente se han desplazado a la zona en auxilio de estas personas embarcaciones de la Guardia Civil de Ceuta y Algeciras, así como varias unidades de Salvamento Marítimo de Algeciras, Ceuta y Tarifa (...). Avisadas las autoridades marroquíes, la Marina Real Marroquí se ha hecho cargo de los (...) supervivientes y (...) cadáveres»<sup>962</sup>. De hecho, las estadísticas de Salvamento Marítimo de 2017 reflejan que, de los 23.135 inmigrantes asistidos en el estrecho bajo la coordinación del RCC español, 18.937 fueron rescatadas por SASEMAR y 4.045 fueron rescatados por Marruecos<sup>963</sup>. La respuesta del Gobierno a la pregunta de la senadora MORA GRANDE invita a pensar que las 18.937 personas rescatadas por SASEMAR fueron detectadas en aguas territoriales españolas, mientras que las otras 4.405 personas fueron detectadas en aguas marroquíes<sup>964</sup>. Lo que no desvela la estadística es qué porcentaje de estas últimas fueron asistidas previamente por la Guardia Civil, a raíz de su actividad de vigilancia en aguas marroquíes, antes de que Marruecos se hiciera cargo de ellas.

Como se puede apreciar, frente al *modus operandi* ítalo-libio, en el caso hispano-marroquí, una vez rescatados los inmigrantes por las autoridades españolas, se avisa a la Marina marroquí para que acuda a recogerlos en lugar de desembarcarlos directamente en Marruecos. No obstante, al igual que en el caso de los *push-back*, las actuaciones de la Guardia Civil objeto de análisis también constituyen una aplicación de la normativa de control fronterizo en el seno de una operación de salvamento para evitar que las personas rescatadas se beneficien del cambio de su estatus jurídico provocado por el medio elegido para llegar a la Unión Europea.

#### 6.2.2 Análisis de la conformidad de la actuación administrativa con el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>962</sup> «La Guardia Civil participa en un rescate humanitario en aguas marroquíes», noticia de 21 de septiembre de 2009 [Disponible en: <http://www.salvamentomaritimo.es/sm/sala-de-prensa/la-guardia-civil-participa-en-un-rescate-humanitario-en-aguas-marroquies/?id=6241> (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

<sup>963</sup> Salvamento Marítimo, Estadísticas 2017, p. 7 [Disponible en: [http://www.salvamentomaritimo.es/wp-content/files\\_flutter/1524510903ESTADISTICAS\\_2017.pdf](http://www.salvamentomaritimo.es/wp-content/files_flutter/1524510903ESTADISTICAS_2017.pdf) (Consultado por última vez el 15 de julio de 2018)].

<sup>964</sup> Debemos señalar que las particulares circunstancias geográficas del estrecho de Gibraltar provocan la ausencia de aguas internacionales, estando contiguas las aguas territoriales españolas y marroquíes y, como consecuencia, la zona SAR española y la zona SAR marroquí.

Recordamos que el origen de estas operaciones híbridas de salvamento-control fronterizo son situaciones de peligro en aguas marroquíes detectadas por la Guardia Civil en el desempeño de sus funciones de control migratorio que son coordinadas por el RCC español<sup>965</sup>. Dicha coordinación se traslada posteriormente al RCC de Marruecos, responsable de la región donde se produce el incidente, para que la Guardia Civil entregue los rescatados a las fuerzas de seguridad marroquíes. En principio, dichas actuaciones parecen ajustarse al Convenio SAR, ya que las Directrices MSC de 2004 establecen (Punto 6.7) que

«Cuando resulte adecuado, el primer RCC con el que haya establecido contacto debe tratar inmediatamente de transferir el caso al RCC responsable de la región en la cual se está prestando auxilio. Cuando se haya informado acerca de la situación al RCC responsable de la región SAR en la cual se requiere auxilio, dicho RCC debe aceptar inmediatamente la responsabilidad de la coordinación de las actividades de salvamento, ya que las responsabilidades conexas, incluidos los acuerdos respecto de un lugar seguro para los supervivientes, incumben en primer lugar al Gobierno responsable de esa región. Sin embargo, el primer RCC es responsable de la coordinación del caso hasta tanto el RCC responsable u otra autoridad competente asuma su responsabilidad».

Ahora bien, cabe preguntarse si el embarque de los rescatados en un buque de la Guardia Civil hasta que llegan las FSM permite la aplicación de las garantías previstas por el Derecho español, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional.

En relación con el ejercicio del derecho de asilo, basándonos de nuevo en el argumento de la delimitación territorial del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de asilo, debemos concluir que esta no resulta aplicable a los migrantes rescatados en aguas marroquíes. Las mismas conclusiones se pueden extraer respecto a la aplicación de la Directiva Retorno y sus garantías a los rescatados, ya que su ámbito de aplicación también se restringe al territorio de los Estados miembros y sus fronteras. No obstante, tal y como sucedía en el caso de los rescates de la Marina Militar italiana en alta mar, el hecho de que la Guardia Civil se encuentre en aguas marroquíes ejecutando

---

<sup>965</sup> Recordamos también que, conforme a lo reproducido en epígrafes anteriores, cuando la situación de peligro se produce en aguas españolas lo habitual es que acuda el Servicio de Salvamento Marítimo.

el mandato de vigilancia establecido en el artículo 13 CFS 2016 obliga a la observancia del principio de no devolución (artículo 3 CFS 2016 y artículo 19.2 CDFUE).

En cuanto a la aplicación de las garantías contempladas en el CEDH, la jurisprudencia del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* podría resultar fácilmente aplicable a las actuaciones de la Guardia Civil en aguas marroquíes, aunque realizando algunas aclaraciones. En primer lugar, en relación con la aplicabilidad extraterritorial del CEDH, en ambos casos sucede que «los hechos tuvieron lugar exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas [en nuestro caso españolas], cuyas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano [en nuestro caso español]. Según el Tribunal, en el periodo de tiempo entre el momento en que embarcaron a bordo de los barcos de las fuerzas armadas italianas [en nuestro caso españolas] y en el que fueron entregados a las autoridades libias [en nuestro caso marroquíes], los demandantes estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, *de jure* y *de facto*, de las autoridades italianas [en nuestro caso españolas]» (ap. 81). El razonamiento reproducido llevó al TEDH a aplicar extraterritorialmente el CEDH. Ahora bien, mientras que en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* el CEDH era aplicable en virtud de un doble criterio [ejercicio de jurisdicción *de jure* (regla del Estado del pabellón) y *de facto* (control efectivo sobre las personas)], en las actuaciones de la Guardia Civil analizadas únicamente se aprecia la existencia de un control *de facto*<sup>966</sup>.

En segundo lugar, respecto a los preceptos potencialmente infringidos, si bien para considerar vulnerado el artículo 3 CEDH sería necesario probar que dichos inmigrantes estarían expuestos en Marruecos a tratos inhumanos o degradantes (como quedó demostrado en el caso de Libia en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*) o, alternatively, que ese Estado podría repatriarlos a sus Estados de origen exponiéndolos al riesgo de sufrir allí dichos malos tratos (devolución indirecta)<sup>967</sup>, cabrían pocas dudas sobre la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º4 del

---

<sup>966</sup> Al producirse el rescate en aguas marroquíes, no en aguas internacionales, ya no resulta aplicable el criterio del TEDH empleado en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* según el cual «en virtud de las disposiciones aplicables del derecho marítimo, un navío navegando en alta mar está sujeto exclusivamente a la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola. Este principio del Derecho Internacional ha conducido al Tribunal a constatar, en casos relacionados con actos cometidos a bordo de navíos que ondean la bandera de un Estado - al igual de lo que ocurre en el caso de aeronaves registradas - la existencia de jurisdicción extra-territorial ejercida por dicho Estado (ap. 77)».

<sup>967</sup> De los 14 Estados miembros que han elaborado listas de terceros países de origen seguros, tan solo Austria, Hungría, Países Bajos (a excepción del colectivo LGTB) y Eslovenia consideran a Marruecos un país de origen seguro.

CEDH) y, por derivación, del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH)<sup>968</sup>. Concretamente, las actuaciones de la Guardia Civil descritas en este epígrafe se identifican con el *modus operandi* en virtud del cual «las autoridades italianas [en nuestro caso españolas] no sometieron a los demandantes a procedimiento alguno de identificación, sino que se limitaron a embarcar a todos los emigrantes interceptados a bordo de buques militares y a desembarcarlos en territorio libio» (ap. 185). La matización que se debe realizar ahora respecto al caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* es que la Guardia Civil entregaba a las personas rescatadas a las autoridades marroquíes en el mar, en lugar de desembarcarlos directamente en territorio marroquí, como hacía la Marina Militar italiana en Libia. En cualquier caso, la actuación de la Guardia Civil también serviría «para descartar que existieran garantías suficientes como para asegurar que se llevó a cabo un examen real y detenido de las circunstancias individuales de cada una de las personas implicadas» (ap. 185), por lo que sería fácilmente defendible la vulneración de prohibición de expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo n.º 4 al CEDH. No obstante, es necesario traer a esta sede las reflexiones realizadas en el Capítulo IV en relación con el abuso del derecho a la prohibición de expulsiones colectivas por parte de los migrantes económicos.

### 6.3 La huida de las garantías. La política de bloqueo-espera en las operaciones de rescate de la Guardia Civil

#### 6.3.1 La inactividad de la Guardia Civil ante embarcaciones en peligro en la zona SAR marroquí

Como hemos podido comprobar, el embarque de las personas rescatadas en los buques de la Guardia Civil lleva a la conclusión de que el CEDH resulta aplicable conforme al ejercicio de control *de facto* sobre las personas<sup>969</sup>. Esta circunstancia ha provocado que se convierta en una práctica habitual la espera de los buques de la Guardia Civil, sin proceder al rescate de las personas en peligro, hasta que llegan las fuerzas de seguridad marroquíes alertadas por el RCC español. Según el periódico digital eldiario.es,

---

<sup>968</sup> Como señalamos en el Capítulo V, no consideramos aplicable a las medidas de interceptación en la frontera marítima exterior de la Unión la jurisprudencia del TEDH recaída en la STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D y N.T c. España*, la cual deniega la protección otorgada por el artículo 4 Protocolo n.º 4 al CEDH a los migrantes devueltos a Marruecos como consecuencia de la aplicación del criterio de la "propia conducta" del recurrente.

<sup>969</sup> Kiara NERI, «The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea», en Gemma ANDREONE (Ed.), *Jurisdiction and control at sea. Some environmental and security issues*, Giannini Editore, Nápoles, 2014, p. 158.

el 17 de mayo de 2016 el RCC español recibió una llamada del colectivo *Caminando entre Fronteras* alertando de una situación de peligro en aguas del estrecho a las 6:17 horas<sup>970</sup>. Según Helena MALENO, una de los componentes del colectivo, dos horas después los inmigrantes la llamaron por teléfono para comunicarle que había un helicóptero de salvamento marítimo en la zona pero que no se procedía a su rescate. Posteriormente, aproximadamente a las 9:30 a.m., los inmigrantes fueron rescatados por las fuerzas de seguridad marroquíes. La no asistencia a los migrantes en peligro fue confirmada por el propio servicio, el cual informó a eldiario.es que «Se llamó a Tánger Tráfico y se confirmó que había una patrullera por la zona». Siguiendo la misma práctica, en otras ocasiones se ha reportado la presencia en la zona de patrulleras de la Guardia Civil que permanecían a la espera de la llegada de las fuerzas de seguridad marroquíes<sup>971</sup> en lugar de proceder a «la primera e ineludible actuación (rescate)»<sup>972</sup>. Es la denominada «política de bloqueo en el mar», medida similar a la llevada a cabo en la zona contigua sobre buques que trafican con migrantes<sup>973</sup>. No obstante, en lo que aquí interesa, es necesario destacar que, a diferencia de lo que sucede con los buques, las personas que navegan en embarcaciones de fortuna como pateras o cayucos en el mar se encuentran en una situación objetiva de peligro que requiere su asistencia, no su bloqueo. Ello independientemente de que, *a posteriori*, se lleven a cabo las actuaciones necesarias para evitar la persistencia de un abuso de derecho (en el caso de que lo hubiera) mediante la aplicación de la normativa que se pretendía eludir forzando el rescate.

### 6.3.2 Las dificultades existentes para la aplicación del CEDH en casos de inactividad y extraterritorialidad de las actuaciones

En cuanto a la aplicación del CEDH, el hecho de que estas omisiones de asistencia tengan lugar en aguas territoriales marroquíes, así como la falta de embarque de los

---

<sup>970</sup> Gabriela SÁNCHEZ y Jaime SEVILLA LORENZO, «Queríamos pedir asilo pero el helicóptero de rescate español nos mandó a los marroquíes», noticia de 17 de mayo de 2016 [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/Queriamos-asilo-Espana-mandaron-marroquies\\_0\\_516898721.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Queriamos-asilo-Espana-mandaron-marroquies_0_516898721.html) (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

<sup>971</sup> Gabriela SÁNCHEZ, «La descoordinación entre España y Marruecos deja ahogarse a migrantes a 14 kilómetros», noticia de 10 de mayo de 2017 [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/deficiencias-operaciones-salvamento-maritimo-Espana\\_0\\_642186492.html](https://www.eldiario.es/desalambre/deficiencias-operaciones-salvamento-maritimo-Espana_0_642186492.html) (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)]; Gabriela SÁNCHEZ, «Siete mujeres mueren después de que la Guardia Civil ‘bloquee’ su patera, según supervivientes», noticia de 2 de septiembre de 2017 [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/mujeres-Guardia-Civil-bloquease-supervivientes\\_0\\_682432076.html](https://www.eldiario.es/desalambre/mujeres-Guardia-Civil-bloquease-supervivientes_0_682432076.html) (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

<sup>972</sup> Respuesta del Gobierno el 5 de mayo de 2017 a la Pregunta escrita al Senado n.º 684/11572 de 20 de febrero de 2017 realizada por Dña. Mª Isabel MORA GRANDE, XII Legislatura, Registro General.

<sup>973</sup> *Vid.* Epígrafe 6.3 Operaciones de denegación de acceso en la zona contigua en el Capítulo «Operaciones de Interceptación».

migrantes a bordo de los buques de la Guardia Civil, dificultan la prueba del ejercicio de jurisdicción por parte del Estado español. Ello se debe a que no resultan aplicables ni el criterio territorial del CEDH, ni el relativo a la jurisdicción del Estado del pabellón. Además, teniendo en cuenta que se trata de una situación en la que ni siquiera existe una intervención, probar la existencia de un control efectivo de las autoridades del Estado español sobre las personas rescatadas se presenta como una tarea harto compleja.

*a) Una posible vía de solución al problema de la aplicabilidad del CEDH descartada por el propio TEDH*

Atendiendo precisamente a la particularidad de que en esta ocasión nos encontramos ante omisiones del deber de socorro, conviene traer a colación el Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante ARI) analizado en el Capítulo III<sup>974</sup>. Como hemos apuntado anteriormente, en determinadas ocasiones el TEDH se sirve de otros textos de Derecho Internacional para determinar el ejercicio de jurisdicción de un Estado (como demuestra la aplicación de la regla de la jurisdicción de un Estado sobre buques que enarbolan su pabellón). Recordamos que, en virtud del artículo 2 ARI, «Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u *omisión*: a) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado».

En relación con el primer requisito [letra a)], es preciso determinar si las omisiones del Servicio de Salvamento Marítimo o a la Guardia Civil [que, en ambos casos, dependen orgánica y funcionalmente de la Administración General del Estado (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y Ministerio del Interior respectivamente)] son atribuibles al Estado español. Recordamos que, de conformidad con el artículo 4 ARI, «Se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de todo órgano del Estado (...)». Como se señaló en el Capítulo III, la Comisión de Derecho Internacional aclaró que la noción «órgano del Estado» empleada por ARI debe ser interpretada en un sentido amplio, de forma que «un Estado no pued[a] eludir su responsabilidad por el comportamiento de una entidad que actúa en realidad como uno de sus órganos negando simplemente que tenga tal condición en su propio derecho»<sup>975</sup>. Dado

---

<sup>974</sup> Asamblea de las Naciones Unidas, Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Resolución AG/56/83).

<sup>975</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones [A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)], p. 43.



que entendemos que tanto el Servicio de Salvamento Marítimo como la Guardia Civil pueden ser considerados órganos del Estado español en el sentido amplio al que se refiere el artículo 4 ARI, consideramos que las omisiones objeto de análisis en este epígrafe son atribuibles al Estado español.

En cuanto al segundo requisito [letra b)], conforme al marco jurídico aplicable expuesto en epígrafes anteriores no es difícil llegar a la conclusión de que nos encontramos ante un incumplimiento de obligaciones impuestas a los Estados por el Derecho Internacional en materia de salvamento marítimo. En estos casos se podría considerar incumplida, principalmente, la obligación contenida en el artículo 98.2 CNUDM, en virtud del cual «Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales». El precepto reproducido, si bien no establece explícitamente una obligación de desplegar los Servicios de Salvamento marítimo ante una situación de peligro, ha sido interpretado de manera tal que la omisión del deber de socorro supondría vulnerar la obligación de diligencia debida, ya que los Estados sí están obligados explícitamente a asegurar la eficacia de dichos servicios para garantizar la seguridad marítima<sup>976</sup>.

Podría pensarse que el Estado ribereño (y por tanto responsable de la zona SAR) en estos casos es Marruecos y no España, por lo que esta última no quedaría vinculada por la obligación reproducida. No obstante, debemos recordar que, conforme al punto 6.7 de las Directrices MSC de 2004, «el primer RCC [que tiene conocimiento de la situación] es responsable de la coordinación del caso hasta tanto el RCC responsable u otra autoridad competente asuma su responsabilidad». Por lo tanto, España no solo es responsable de la coordinación de las operaciones de salvamento de su área SAR, sino también de las operaciones de salvamento que tienen lugar en el área SAR de un Estado vecino (Marruecos) hasta que este último se haga cargo de la situación. Debemos tener en cuenta que en casos como el analizado el hecho de que el RCC español tenga conocimiento de la situación en primer lugar no es fruto de la casualidad o de la pasividad de Marruecos, sino que se debe a que hay un buque español (en este caso de la Guardia Civil) ejerciendo

---

<sup>976</sup> En este sentido se manifiesta Amy E. MOEN, «For those in peril on the sea: Search and Rescue under the Law of the Sea Convention», *Ocean Yearbook*, Vol. 24, Issue 1, 2010, pp. 386-389, *apud* Seline TREVISANUT, «Shared responsibility aspects in Search and Rescue Operations at Sea», cit., p. 11.

potestades de vigilancia en aguas extranjeras. Por tanto, parece cuestionable aducir que España no es responsable de brindar asistencia a embarcaciones en peligro en el SAR marroquí. Entendemos que ello sería parte de la obligación de tener un «servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima» en el sentido del artículo 98.2 CNUDM.

Además, teniendo en cuenta que el Convenio SAR define «salvamento» como «operación para rescatar a personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro», no parece suficiente mantenerse a la espera, en actitud vigilante, mientras llegan las fuerzas de seguridad marroquíes para proceder al rescate. Para que una persona se encuentre en peligro no es necesario que se esté ahogando, el propio Convenio SAR cataloga como fase de peligro (la cual motiva la realización de una operación de salvamento) «Cuando se recibe información indudable de que un buque o una persona están en peligro grave o *inminente* y necesitan auxilio inmediato; (...) o que la capacidad operacional del buque ha disminuido al punto de que *es probable* que se produzca una situación de peligro (cursiva añadida)».

La consecuencia del hecho internacionalmente ilícito en estos casos, la omisión del deber de asistencia a personas en peligro en el mar, sería la vulneración del derecho a la vida reconocido, entre otros muchos textos, en el artículo 2 CEDH. Como se ha señalado anteriormente, según TREVISANUT, «la obligación de prestar asistencia es una herramienta operativa para garantizar el derecho a la vida en el mar (...) el derecho a sobrevivir»<sup>977</sup>. En este sentido, el TEDH en *Xhavara y otros c. Italia y Albania* señaló que «los Estados no solamente deben abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e irregular, sino también tomar todas las medidas necesarias para la protección de la vida de todas las personas que estén bajo su jurisdicción»<sup>978</sup>.

Ahora bien, el problema es que el criterio para considerar aplicable el CEDH no es el de responsabilidad, sino el del ejercicio de jurisdicción. Así lo estableció el TEDH en *Catan y otros c. República de Moldavia y Rusia*, cuando argumentó que «el test para establecer la existencia de jurisdicción en virtud del artículo 1 de la Convención nunca se

---

<sup>977</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

<sup>978</sup> Decisión del TEDH sobre la admisibilidad del caso *Xhavara y otros c. Italia y Albania* de 11 de enero de 2001, as. 39473/98. En este caso un buque de guerra italiano, en un intento de bloquear el paso de un buque de migrantes de bandera albanesa que se dirigía hacia Italia, provocó la muerte de 58 de los pasajeros como consecuencia de una colisión.

ha equiparado con el test para establecer la responsabilidad de un Estado por hechos internacionalmente ilícitos en virtud del Derecho Internacional» (ap. 115)<sup>979</sup>.

*b) La coordinación de la operación de salvamento por parte de los RCC como posible criterio de aplicabilidad del CEDH*

A pesar de su aparente idoneidad para este tipo de situaciones, descartada por el propio TEDH la utilización de ARI para la determinación del ejercicio de jurisdicción, es necesario, pese a su dificultad, volver al criterio del control efectivo para comprobar la aplicabilidad del CEDH a las omisiones descritas.

Para TREVISANUT, la llamada de socorro al RCC de un Estado ribereño alertando de una situación de peligro en el mar crearía «una relación factual entre dicho Estado y las personas que la emiten»<sup>980</sup>, incluso aunque dicho Estado no sea responsable de la zona SAR en la que se produce el incidente. Es más, la autora defiende que podría argumentarse la existencia de un control *de facto* exclusivo a larga distancia del Estado sobre la vida de las personas en peligro ya que, al recibir la llamada, esas vidas pasan a depender de la discrecionalidad de dicho Estado<sup>981</sup>. En virtud de la jurisprudencia del TEDH citada hasta el momento, para que el control efectivo de una autoridad estatal sea sinónimo de ejercicio de jurisdicción extraterritorial aquel debe consistir, bien en el control y autoridad de sus agentes sobre un individuo<sup>982</sup> o bien en el control sobre un determinado territorio<sup>983</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, resultaría difícil que el TEDH apoyara el nuevo «control factual a distancia» acuñado por la doctrina sin ninguna base jurídica que implique algún tipo de autoridad.

No obstante, es necesario recordar que, según las Directrices MSC de 2004 (Punto 6.7), el Estado que recibe la llamada (España) sería responsable de coordinar la operación hasta que el RCC responsable de la zona SAR (Marruecos) asuma dicha responsabilidad. Por tanto, en aquellos casos en los que la inactividad de Salvamento Marítimo o la Guardia Civil respondieran a la coordinación del RCC de España, sería más fácil probar el control efectivo de la situación y, por tanto, la posible vulneración del derecho a la vida. En este sentido, conviene traer a colación la STEDH *Jaloud c. Países Bajos*<sup>984</sup>. En

---

<sup>979</sup> STEDH de 19 de octubre de 2012, *Catán y otros c. República de Moldavia y Rusia*, as. 43370/04, 8252/05 y 18454/06.

<sup>980</sup> Seline TREVISANUT, «Shared responsibility...», cit., p. 11

<sup>981</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>982</sup> Sirva por todas STEDH de 18 de julio de 2008, *Medvedyev y otros c. Francia*, as. 3394/03.

<sup>983</sup> Sirva por todas STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Loizidou c. Turquía*, as. 15318/89.

<sup>984</sup> STEDH de 20 de noviembre de 2014, *Jaloud c. Holanda*, as. 47708/08.

este caso el TEDH consideró que la muerte de un iraquí, ocasionada por los disparos recibidos cuando su coche pasaba por un *Check Point* controlado por las autoridades neerlandesas en Iraq, atraía la jurisdicción de este último Estado en el sentido del artículo 1 CEDH. En concreto, el Tribunal subrayó que, aunque no se determinó si los disparos procedían de las fuerzas armadas neerlandesas o iraquíes, Países Bajos ejercía su jurisdicción dentro de los límites de una misión de la ONU (SFR) con el propósito de hacer valer su autoridad y control sobre las personas que pasaban el *Check Point* (ap. 152). De acuerdo con el razonamiento anterior, la muerte había sido consecuencia de actuaciones y omisiones llevadas a cabo por el personal militar neerlandés (ap. 155). Cabría preguntarse si el razonamiento del Tribunal en *Jaloud* no sería aplicable en situaciones en las que el RCC español, en cumplimiento de una obligación de Derecho Internacional, hace valer su autoridad, supervisión y control mediante la coordinación de una operación de salvamento.

En conclusión, la omisión del deber de socorro a migrantes en peligro en aguas territoriales marroquíes por parte de las autoridades españolas podría constituir una vulneración del artículo 2 CEDH. Para ello sería necesario asumir que la coordinación de la operación de rescate por el RCC español es un hecho de entidad suficiente para permitir atribuir el control efectivo sobre dichos migrantes a las autoridades españolas.

#### 6.3.3 El mantenimiento de algunas de las garantías del Derecho de la Unión en materia de control fronterizo

El hecho de que la Guardia Civil se encuentre en aguas marroquíes con motivo de operaciones de vigilancia fronteriza nos permite, al igual que sucedía en los casos descritos en el epígrafe anterior, considerar aplicable el CFS 2016 y, con ello, el principio de no devolución (artículo 3 CFS 2016 y artículo 19.2 CDFUE). No obstante, por los motivos ya reproducidos también anteriormente, no se puede llegar a la misma conclusión en lo que respecta a la aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de asilo y la Directiva Retorno.

Las dudas interpretativas surgidas en este epígrafe sobre la aplicación del CEDH, la Directiva sobre Procedimientos de asilo y la Directiva Retorno no existirían si los

mismos hechos (bloqueo de la embarcación y entrega a las FSM) se produjeran en aguas territoriales españolas, algo que también podría haber sucedido ya<sup>985</sup>.

## **7. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ASISTENCIA A EMBARCACIONES EN PELIGRO MEDIANTE LA COORDINACIÓN DE OPERACIONES DE SALVAMENTO LLEVADAS A CABO POR BUQUES DE ONG**

Tal y como se señaló en el epígrafe 3.1 de este Capítulo, el punto de inflexión que dejó patente la necesidad de revisar las obligaciones de los Estados parte en los Convenios SAR y SOLAS fue el caso *Tampa* en agosto de 2001. Recordemos que esta fue una de las primeras ocasiones en las que un Estado ribereño (Australia) denegó la entrada a sus puertos a un buque mercante que había rescatado a migrantes en el mar y trataba de llevarlos a un lugar seguro. Como ya sabemos, el suceso provocó la concienciación de la comunidad internacional y un intento de modificar el marco normativo aplicable, aunque, como hemos podido comprobar, sin mucho éxito.

Tan poco fructíferos fueron los esfuerzos de la OMI por tratar de establecer unos principios y procedimientos básicos de actuación en este tipo de situaciones, que en el verano de 2018 se asistió en la Unión Europea a una oleada de denegaciones de entrada a puerto, principalmente protagonizadas por Italia, a las ONG que rescataban migrantes en el Mediterráneo. Al igual que en las medidas analizadas en los epígrafes anteriores (denegación de la autorización de desembarque a los buques de Salvamento Marítimo estatales, los *push-back* o las políticas de rescate-entrega y bloqueo-espera), esta práctica se ha convertido en un medio para evitar la elusión de la normativa de control fronterizo por parte de los migrantes irregulares, con los perjuicios que ello implica para los solicitantes de protección internacional. La diferencia con los epígrafes 5 y 6 de este Capítulo es que en los supuestos que serán analizados a continuación, el buque rescatador no es un buque de Estado, sino el buque de una ONG.

La denegación de autorización de desembarque en un determinado Estado de las personas rescatadas como consecuencia de una operación de salvamento marítimo por

---

<sup>985</sup> En el incidente reportado por eldiario.es el 17 de mayo de 2016 había informaciones contradictorias sobre el lugar donde se habían producido los hechos. Mientras que Salvamento Marítimo aseguraba que estaba posicionada a «11 millas al suroeste de Tarifa» lo que, señalan, corresponde a las aguas territoriales de Marruecos, los datos de *Caminando Fronteras* indicaban que la embarcación se situaba a 3 millas de Tarifa, aguas bajo la soberanía española.

parte de buques privados suele efectuarse por medio de dos vías: la apelación del Estado potencialmente receptor de las personas rescatadas a la falta de idoneidad del puerto propuesto como «lugar seguro» y la prohibición de paso inocente por el mar territorial a las ONG que efectúan operaciones de rescate en el Mediterráneo por motivos de orden público. De nuevo, al igual que sucedía en el epígrafe 5 de este Capítulo, en este epígrafe nos centraremos principalmente en la casuística y análisis del ordenamiento jurídico italiano por ser este el Estado miembro que abanderó durante 2018 la mencionada política de «*porti chiusi alle ONG*», para la cual fue necesario realizar importantes modificaciones en su ordenamiento jurídico interno.

#### 7.1 La práctica de denegar la autorización del desembarco como consecuencia de la falta de idoneidad del puerto

La primera vía utilizada por algunos Estados miembros para evitar el desembarco de los migrantes rescatados en su territorio (y la más pacífica) es negar la naturaleza de «lugar seguro» de sus puertos. Como bien es sabido, el Centro de Coordinación y Rescate que coordina la operación de salvamento tiene la responsabilidad primaria de buscar un puerto seguro donde culmine la operación. En cumplimiento de su tarea, los mencionados centros se encuentran con el obstáculo de que en numerosas ocasiones su Estado apela al punto 3.1.9 del Convenio SAR para justificar la negativa al desembarco. Recordemos que dicho precepto establece que «Las Partes se coordinarán y colaborarán entre sí para garantizar que los capitanes de buques que presten auxilio embarcando a personas en peligro en el mar sean liberados de sus obligaciones con una *desviación mínima* del buque de su viaje proyectado (...)» y que ello se realizará «teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso» tomando las «medidas pertinentes para que ese desembarco tenga lugar *tan pronto como sea razonablemente posible*». Las referencias a «desviación mínima» o «tan pronto como sea posible» son las que permiten a los Estados esgrimir que su puerto no es el más seguro para el desembarco cuando es reclamada su colaboración para finalizar la operación. Como ejemplo se pueden destacar las declaraciones del Gobierno de España que, tras ser solicitada su colaboración para acoger por segunda vez al buque *Aquarius*, en septiembre de 2018, denegó la autorización por entender que «España no es el puerto más seguro, porque no es el más cercano»<sup>986</sup>.

---

<sup>986</sup> «El Gobierno rechaza ahora al *Aquarius*: ‘España no es el puerto más seguro porque no es el más cercano’», noticia de 13 de agosto de 2018 [Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20180813/gobierno->

Tal y como se apuntó en el epígrafe 3.3 de este Capítulo, el Director General de la Marina Mercante (Presidente de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima – SASEMAR) es la autoridad a quien corresponde adoptar la decisión sobre la acogida de buques necesitados de asistencia en lugares de refugio. La decisión, confirmatoria o denegatoria, es el resultado de un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del capitán del buque afectado (en nuestro caso de la ONG). La justificación dada en el caso *Aquarius* para denegar el refugio deriva de la evaluación de los factores tenidos en cuenta para la adopción de decisiones. En el caso de España dichos factores vienen facilitados, como se señaló en el epígrafe 3.3, por el sistema informático PRISMA. Así mismo, el Real Decreto 210/2004, en su Disposición Transitoria Segunda incluye el tiempo y distancia del lugar de refugio entre los factores que se deben evaluar por la Dirección General de la Marina Mercante para valorar la acogida de un buque necesitado de asistencia.

En conclusión, en el segundo caso *Aquarius*, España siguió la misma argumentación utilizada por Malta desde tiempos inveterados para eludir todo tipo de responsabilidades respecto a las operaciones de salvamento desarrolladas en el Mediterráneo central. Recordamos que la postura de que «el puerto más seguro es el más cercano» es la que llevó a este país a no firmar las enmiendas de 2004 a los Convenios SAR y SOLAS y la que ha propiciado que los puertos italianos de Lampedusa y Sicilia se conviertan, por regla general, en los lugares de desembarco de los rescates efectuados en el Mediterráneo Central. Como ya hemos indicado, esta forma de denegar la entrada en un determinado puerto deriva de las lagunas legales existentes en la normativa internacional relativa a salvamento marítimo, cuestión que ya ha sido abordada en un epígrafe 3.2.2 de este Capítulo.

Al final, se da la paradoja de que la configuración de la normativa internacional de salvamento marítimo permite que un país seguro (como España, Italia o Malta) se autoexcluya de esa categoría para evitar el desembarco de migrantes rescatados y un país no seguro (como Libia) se autocalifique como «seguro» para preservar su jurisdicción sobre un determinado espacio marítimo.

---

rechaza-ahora-aquarius-espana-no-puerto-mas-seguro-porque-no-mas-cercano/1778382.shtml (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

## 7.2 La política italiana de *porti chiusi* a las ONG

### 7.2.1 La apelación de las autoridades italianas a la prohibición de paso inocente por motivos de orden público

Como es sabido, en virtud del artículo 2 CNUDM «La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores (...) a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial». No obstante, uno de los límites a dicha soberanía lo constituye el derecho de paso inocente a través del mar territorial, es decir, el derecho a «(...) Dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas (...) o instalaciones portuarias o salir de ellas» (artículo 18 CNUDM). Eso sí, como límite al mencionado derecho, el artículo 19.2 CNUDM excluye del paso inocente toda aquella travesía que sea perjudicial para «la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño (...)», entre las cuales la propia CNUDM enuncia «El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño» [(letra g)]. En estos casos, el Estado ribereño «podrá tomar (...) las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente» (artículo 25.1 CNUDM).

Tomando como referencia el precepto anterior, el TUSM ha sido modificado recientemente por el *Decreto-Legge 14 giugno 2019, n. 53* (en adelante, *Decreto Sicurezza bis*) para introducir un precepto en virtud del cual

*«Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, (...). Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle*



*infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri» (artículo 11.1-ter TUSM)<sup>987</sup>.*

El precepto reproducido constituye el fundamento de la denegación de autorización de desembarque de las personas rescatadas por buques de las ONG en los puertos italianos. Concretamente, el Gobierno transalpino considera que, con sus actuaciones consistentes en rescatar a los migrantes en el mediterráneo central para llevarlos a territorio italiano, las ONG instrumentalizan la normativa internacional de salvamento marítimo y promueven o facilitan la entrada irregular en Italia en contravención de sus leyes migratorias, lo cual resulta perjudicial para el buen orden y la seguridad del Estado italiano<sup>988</sup>. El precepto introducido por el *Decreto Sicurezza bis* es el resultado de la positivación de una serie de circulares previas emitidas por el Ministro del Interior italiano a los jefes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que ordenaba que se impidiera la entrada en aguas territoriales italianas (por motivos de orden público) a las ONG que, tras haber llevado a cabo las operaciones de salvamento

---

<sup>987</sup> Recordamos que, tal y como se destacó en el epígrafe 5.1, antes de la entrada en vigor del *Decreto-Legge 14 giugno 2019, n. 53 Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*, la competencia para prohibir o limitar la entrada en aguas territoriales italianas era del Ministro de transporte (artículo 83 *Codice della Navigazione*).

Relacionado con el artículo 11.1-ter TUSM, el mismo *Decreto Sicurezza bis* introduce un apartado 6 bis en el TUSM en el que se prevé una sanción entre 150.000€ y 1.000.000€ al capitán de aquellas naves que vulneren la prohibición de ingreso, tránsito o parada en aguas territoriales italianas.

<sup>988</sup> De forma similar, el Director General de la Marina Mercante en España requirió durante el verano de 2019 a la nave *Open Arms* de que se abstuviera de realizar actividades de «búsqueda activa» de personas a la deriva en las zonas de Salvamento y Rescate en el Mediterráneo Central. El despacho de salida concedido por la Capitanía marítima de Barcelona (regulado mediante Orden de 18 de enero de 2000 por la que por la que se aprueba el Reglamento de despacho de buques) se concedió con la finalidad exclusiva de que la ONG «proporcione ayuda humanitaria» a Grecia. La carta del Director General de la Marina Mercante diferencia la «búsqueda activa» de las «las operaciones de salvamento que sean de carácter espontáneo u ocasional con motivo de la navegación normal del buque», en cuyo caso rige la obligación de asistencia. En el requerimiento se advertía al *Open Arms* de que si rescataba migrantes podía ser multado con hasta 900.000 euros por incurrir en «infracciones contra la seguridad marítima o la ordenación del tráfico marítimo», que podían sancionarse «cada una de ellas con multas de hasta 901.000 euros o 300.000 euros, respectivamente», con arreglo al TRLPEMM [Noticia disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-gobierno-espanol-advierte-open-arms-si-rescata-migrantes-puede-ser-multado-900000-euros-20190703124121.html> (Consultado por última vez el 2 de agosto de 2019)].

La negativa de autorización o despacho de salida para efectuar labores de salvamento se debía, según el Ministro de Fomento, al incumplimiento por parte de la ONG de la normativa internacional de salvamento, la cual obliga a desembarcar a los rescatados en el puerto más cercano. José Luis ÁBALOS (Ministro de Fomento en el momento de los hechos) declaró que «El cierre de puertos en la zona en la que pretenden operar y la negativa de las organizaciones a desembarcar en Libia hace que estos barcos se vean forzados a venir a España —su país de bandera— y que el salvamento se convierta en un transporte de personas», a las que se pone en peligro [Lara CARRASCO, noticia de 31 de enero de 2019 disponible en: [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/01/31/el\\_gobierno\\_mantiene\\_bloqueo\\_open\\_arms\\_aita\\_mari\\_por\\_incumplir\\_normativa\\_internacional\\_salvamento\\_91393\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/01/31/el_gobierno_mantiene_bloqueo_open_arms_aita_mari_por_incumplir_normativa_internacional_salvamento_91393_1012.html) (Consultada por última vez el 2 de agosto de 2019)].

en la zona SAR libia, se dirigían deliberadamente hacia la zona SAR italiana para proceder al desembarco de las personas rescatadas<sup>989</sup>. Según el Ministerio del Interior italiano «*le condotte di soccorso e navigazione come descritte costituiscono una manifestazione concreta di un modus operandi di una attività di soccorso svolta con modalità improprie, in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e, quindi, pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello stato costiero in quanto finalizzata all'ingresso di persone in violazione delle leggi di immigrazione nello Stato costiero*»<sup>990</sup>. Particularmente llamativo es el fundamento relativo a la lesión del orden público y la seguridad interna italiana provocado por la ONG «*in quanto finalizzato a introdurre migranti irregolari, in violazione delle leggi vigenti in materia di immigrazione, privi altresì di documenti di identità e provenienti in parte da paesi stranieri a rischio terrorismo, per diffuse attività terroristiche verificatesi ed in atto in quei territori*»<sup>991</sup>.<sup>992</sup> Conforme al texto reproducido, parece que el Ministerio del Interior

<sup>989</sup> La primera se dictó el 18 de marzo 2019, en relación con una nave de la ONG *Open Arms*, la segunda el 4 de abril de 2019, en relación con una nave de la ONG *Sea Watch*, la tercera el 15 de abril de 2019 en relación con la ONG *Mediterranean Saving Humans*, y la última (antes de la publicación del *Decreto Sicurezza bis*) el 15 de mayo de 2019, en relación, de nuevo, con *Sea Watch*. Según MAGRI, al tratarse de operaciones de salvamento marítimo, el Ministerio del Interior italiano no era competente para adoptar tales directrices. El mencionado autor defiende «*la piena autonomia delle operazioni di ricerca e soccorso rispetto alle attività di contrasto all'immigrazione clandestina*» y añade que «*la gestione dell'evento SAR, sotto il profilo del luogo di sbarco, non subisce modificazioni per effetto della parallela competenza della Guardia costiera in materia di controllo delle frontiere e di concorso alle attività di contrasto all'immigrazione illegale*». En este sentido, la base competencial utilizada por el Ministerio del Interior para dictar tales directrices (artículo 11.1 bis TUSM) es idónea para vincular a la *Guardia Costiera* en materia de control fronterizo pero «*non nel diverso ambito delle attività necessarie all'adempimento degli obblighi di soccorso marittimo, che restano «dipendenti» dal Ministero delle infrastrutture e trasporti, a norma dell'art. 134 del Codice dell'ordinamento militare*» (Marco MAGRI, «Obbligo di soccorso in mare, funzionidella Guardia costiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro dell'interno», *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n.º 1, 2019, Anno XL, pp. 174 y ss.). La introducción del art. 11.1-ter en el TUSM por el *Decreto Sicurezza bis* valida la posición de este autor al requerirse la intervención del Ministerio de Transporte en aquellos casos que resulte necesario, de acuerdo con la división de competencias.

<sup>990</sup> Ministerio del Interior en Italia, *Direttiva per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione*, de 18 de marzo de 2019, p. 8.

<sup>991</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>992</sup> Antes de la adopción de las circulares internas, el Ministerio del Interior italiano elaboró un Código de Conducta en cooperación con algunas ONG con la finalidad de «*prevedere disposizioni specifiche per far fronte alla complessità delle operazioni di soccorso nel Mar Mediterraneo (...) anche per salvaguardare la sicurezza dei migranti e degli operatori*» [*Codice di condotta per le ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*, p. 1. Disponible en: [http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice\\_condotta\\_ong.pdf](http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ong.pdf) (Consultado por última vez el 9 de julio de 2019)]. El texto entró en vigor tras su firma, el 31 de julio de 2017. Más allá de su objeto «formal», el Código de Conducta constituyó el primer intento de la Administración Pública italiana para evitar que las ONG «facilitasen o promoviesen» el transporte de migrantes por vía marítima. El instrumento escogido fue una norma de *soft law* en la que se plasmaba el sistema punitivo aplicable en este ámbito. Una suerte de documento interpretativo sobre la tipicidad de las criticadas conductas llevadas a cabo por las ONG en aquel momento. Si estas últimas se acogían a la interpretación del Ministerio del Interior italiano, no se iniciarían procesos penales contra ellas. Entre las disposiciones más destacables del mencionado Código de

italiano interpreta que las ONG están cometiendo un fraude de ley mediante la utilización de la normativa de salvamento marítimo, en concreto, de la obligación de prestar asistencia a embarcaciones en peligro en el mar (norma de cobertura) para defraudar las normas de control fronterizo, en concreto, introducir a personas de manera ilegal en un territorio (norma que se pretende eludir). En el siguiente epígrafe se determinará si se puede considerar como tal.

Por destacar un caso concreto, el 10 de junio de 2018 el Gobierno italiano denegó por motivos de orden público la autorización de entrada a puerto italiano al barco de rescate *Aquarius*, usado por las ONG *SOS Mediterranée* y *Médicos Sin Fronteras*, tras rescatar a más de 600 inmigrantes en diferentes áreas del Mediterráneo Central bajo la coordinación del RCC de Roma<sup>993</sup>. En este caso, al igual que en otros similares, el conflicto adquirió un cariz político que acabó con los migrantes rescatados desembarcando en el puerto español de Valencia, tras una larga negociación entre los gobiernos de varios Estados miembros. En las negociaciones convergieron tanto las razones humanitarias como la protección de los propios intereses nacionales y del Espacio Schengen<sup>994</sup>.

#### 7.2.2 Orden público vs. Asistencia a personas en peligro: la ponderación de los intereses protegidos por el Derecho de la Unión

Como hemos apuntado anteriormente, el fundamento de la denegación de la autorización de desembarque de las personas rescatadas es el resultado de considerar que

---

Conducta se encuentra el compromiso de no entrar en aguas territoriales libias salvo situaciones de peligro inminente que requieran asistencia inmediata, así como no obstaculizar la actividad SAR de la guardia costera libia; de no comunicarse o mandar señalizaciones luminosas que favorezcan la salida de las embarcaciones que transporten migrantes; de no transferir a las personas rescatadas a otra nave, completando la ONG la operación de socorro mediante el desembarco de los rescatados en un puerto seguro bajo la coordinación del RCC responsable y, por último, con un carácter especialmente controvertido, de recibir a bordo de la nave, a solicitud de las autoridades italianas competentes, a los funcionarios de la policía judicial con la finalidad de recabar información y pruebas destinadas a investigaciones relativas al tráfico de migrantes y/o trata de seres humanos, sin menoscabo del desarrollo de la actividad humanitaria en curso.

<sup>993</sup> «Toninelli vietta attracco a nave ONG Open Arms in Italia», noticia de 29 de junio de 2018 [Disponible e: [https://it.reuters.com/article/topNews/idITKBN1JP2JI-OITTP\\_\(Consultado por última vez el 2 de julio de 2019\)\)](https://it.reuters.com/article/topNews/idITKBN1JP2JI-OITTP_(Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)))].

<sup>994</sup> Dado que los hechos fueron anteriores a la adopción del *Decreto Sicurezza bis*, fue el Ministro italiano de transporte TONINELLI quien dispuso «la prohibición de atracado en puertos italianos de la nave *Open Arms*, [perteneciente a la ONG *Proactiva*]». Dicha decisión, según el propio Ministro, se había tomado «en razón de una nota formal que remite el Ministerio del interior por la que se aducen motivos de orden público». Recordemos que en el caso *Diciotti* la decisión fue adoptada sobre un buque del Estado (*Guardia Costiera*), por el Ministerio del Interior y como respuesta a una falta de solución individualizada por parte de la Comisión Europea al problema de la relocalización de los rescatados. Dadas tales circunstancias, en ese caso concluimos que era inviable la apelación al artículo 83 *Codice della Navigazione* para fundamentar la denegación de autorización.

la conducta de las ONG, rescatando a los migrantes y llevándolos a puerto italiano, es contraria a la normativa de control fronterizo y, como consecuencia, perjudicial para el orden público que esta última trata de proteger<sup>995</sup>. No obstante, como hemos señalado en el epígrafe cuarto de este Capítulo, este razonamiento solo sería correcto respecto al rescate e introducción en un Estado miembro de migrantes económicos. En el caso de los solicitantes de protección internacional, cuya situación es contemplada específicamente por las normas de control de fronteras, no habría tal atentado contra el orden público (o, al menos, no sería antijurídico). En definitiva, determinar si el rescate y posterior desembarco de las personas rescatadas justifica o no el incumplimiento de la normativa de control fronterizo puede dar lugar a un arduo debate. En dicho debate hay que tener en cuenta que, en principio, existe un conflicto entre dos marcos normativos: el de control fronterizo (de la Unión y nacional) y el de asistencia a embarcaciones en peligro en el mar.

En lo que respecta a la normativa de control fronterizo y extranjería en Italia, el artículo 4.1 TUSM establece que «*L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti*»<sup>996</sup>. Por otra parte, en relación con la obligación de asistencia, la regla 33 del Convenio SOLAS, ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, establece que «El capitán de un buque que, estando en el mar, en condiciones de prestar ayuda, reciba información de la fuente que sea, que le indique que hay personas en peligro en el mar, está obligado a acudir a toda máquina a su auxilio, informando de ello, si es posible, a dichas personas o al servicio de búsqueda y salvamento». A ello es necesario añadir que, como ya sabemos, la operación de salvamento culmina con el transporte de los rescatados a un puerto seguro. Además,

---

<sup>995</sup> Recordamos que, de conformidad con el Considerando 6 CFS 2016, «El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros».

<sup>996</sup> Este es el precepto equivalente al artículo 25.1 LOEx, el cual recordamos que establece que «El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas». Tanto el artículo 4.1 del TUSM como el 25 de la LOEx constituyen una ejecución nacional del CFS 2016, en virtud del cual el cruce de las fronteras exteriores de la Unión Europea (incluidas las marítimas) deberán producirse «por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas» (artículo 5 CFS 2016) de forma que se permita verificar el cumplimiento de las condiciones de entrada establecidas en el artículo 6 CFS 2016 (documentos de viaje, pasaporte, visado, etc.).

hay que recordar que la positivación en el ordenamiento nacional de la mencionada obligación determina que el capitán del buque incumplidor sea castigado con sanciones que van desde la inhabilitación a la multa pecuniaria e incluso, en el caso de Italia, a la pena de prisión.

De todo lo anterior se deduce que es necesario realizar una ponderación y determinar si prevalece el cumplimiento de la normativa de control fronterizo y los bienes jurídicos protegidos por esta última (orden público, seguridad interior y libre circulación en el Espacio Schengen) o el cumplimiento de la normativa en materia de salvamento y el derecho a la vida y a libertad de quienes se encuentran retenidos en un buque de una ONG tras ser rescatados en el mar. Dicha ponderación se complica por la diferente situación de las personas rescatadas y el ejercicio, abusivo o no, del derecho a la vida materializado en el derecho al rescate.

*a) La ponderación de las leyes migratorias*

Para decantar la balanza a favor de la obligación de asistencia pueden resultar orientativas las excepciones contempladas por la propia normativa de control fronterizo. En este sentido, hay que destacar el hecho de que el artículo 5 CFS 2016 contemple que

«podrá eximirse de la obligación de cruzar las fronteras exteriores únicamente por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas a: (...) b) personas o grupos de personas, en el supuesto de que se dé alguna *situación imprevista de emergencia*».

De manera coherente, el artículo 4 del TUSM establece, como ya hemos indicado, que

*«L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti».*

Y en el mismo sentido, el artículo 25.4 LOEx dispone que

«Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores [documentos de viaje, pasaporte, visado] cuando existan *razones excepcionales de índole humanitaria*, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España».

Parece que, en atención a las circunstancias que rodean el desembarco de las personas rescatadas por las ONG, no sería difícil aducir que su entrada en el territorio de un Estado ha sido consecuencia de una situación de «emergencia» o «índole humanitaria». Estas son circunstancias que, según la normativa citada, permiten excepcionar las condiciones «normales» de entrada debido a que, implícitamente, la norma antepone la vida, la integridad y la libertad de esas personas a la comprobación del cumplimiento de las condiciones de entrada en la frontera. De hecho, cuando el presidente del Gobierno de España ofreció el puerto de Valencia al buque *Aquarius* tras la negativa del Gobierno italiano, esgrimió precisamente las razones humanitarias contenidas en el artículo 25.4 LOEx<sup>997</sup>. No obstante, de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el epígrafe 4 de este Capítulo, las exclusiones de la antijuridicidad del cruce irregular de la frontera relacionadas con situaciones de emergencia o de índole humanitaria deben ser aplicadas cuando dichas situaciones se produzcan sin haber incurrido en abuso del derecho a la vida como consecuencia de una intención de defraudar, precisamente, la normativa de control de fronteras. Es decir, deben ser aplicadas respecto a los solicitantes de protección internacional, no a los migrantes económicos.

*b) La ponderación de las normas sancionadoras*

Otro argumento que parece decantar la balanza de los intereses en juego a favor del derecho a la vida de las personas rescatadas es que el régimen sancionador aplicable a los facilitadores de entrada irregular en los Estados miembros contemple como causa eximente de responsabilidad las razones humanitarias. Así, en virtud del artículo 318 bis del CP español

«El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. *Los hechos no serán punibles cuando el objetivo*

---

<sup>997</sup> «España se ofrece a acoger al barco ‘Aquarius’ en Valencia por razones humanitarias», noticia de 12 de junio de 2018 [Disponible en: [https://elpais.com/ccaa/2018/06/11/catalunya/1528714656\\_208328.html](https://elpais.com/ccaa/2018/06/11/catalunya/1528714656_208328.html) (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

*perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».*

En términos similares el artículo 12.1 del TUSM, tras tipificar como delito la promoción u organización del transporte de extranjeros tendente a facilitar el ingreso ilegal en territorio del Estado italiano, puntualiza que

*«Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale [eximente de estado de necesidad], non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»<sup>998</sup>.*

Con la redacción dada a los preceptos reproducidos, tanto el legislador español como el italiano parecen haber querido evitar que se sancione como traficantes de inmigrantes a quienes los ayuden, asistan o socorran cuando se encuentren en peligro<sup>999</sup>.

Se trata, al fin y al cabo, de la positivación en la normativa específica del estado de necesidad como causa eximente de responsabilidad. Concretamente, nos encontramos ante un estado de necesidad ajeno o auxilio necesario, en el cual el sujeto que realiza la acción necesaria actúa para evitar un mal ajeno. Normalmente, la evitación de un mal ajeno se encuentra en conexión con la figura de la colisión de deberes, lo cual es catalogado por algunos autores como una modalidad específica de estado de

---

<sup>998</sup> Aunque *a priori* la exclusión de la ilicitud de las actividades de socorro y asistencia humanitaria a extranjeros se limite a aquellos casos en que estos se encuentren en territorio italiano, la jurisprudencia italiana ha utilizado el cumplimiento de un deber (artículo 51 *Codice Penale*) y el estado de necesidad (artículo 54 *Codice Penale*) como eximentes de responsabilidad de quienes prestan asistencia a migrantes fuera del territorio italiano. La primera eximente fue utilizada por el Tribunal de Agrigento en el caso *Cap Anamur*, un buque de la ONG alemana que lleva el mismo nombre, cuyos responsables fueron imputados por facilitación de entrada irregular de migrantes en 2004 tras un rescate, y la segunda fue empleada por el Tribunal de Ragusa en el caso *Open Arms*, el cual se analizará detalladamente a continuación. *Vid*, respectivamente, *Tribunale di Agrigento*, 7 ottobre 2009 *Sentenza n. 3267/04 R.G.N.R.* y *Tribunale di Ragusa*, 16 aprile 2018, *Ufficio del Giudice per le indagini preliminari*, n. 1216-1282/18 *R.G.N.R.*, *Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo*.

Sobre la jurisprudencia italiana en relación con el favorecimiento de la inmigración clandestina *vid*. Simona MAGNANENSI, Paolo PASSAGLIA ed Elisabetta RISPOLI, «La condizione giuridica dello straniero extracomunitario. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese», Madrid, 25-26 settembre 2008 [Disponible en: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_209\\_Straniero.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_209_Straniero.pdf) (Consultado por última vez el 19/08/2020)].

<sup>999</sup> La misma finalidad, pero con distintos medios, se ha pretendido en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador español, ya que la LOEx exige el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo infractor que regula la facilitación de entrada irregular en el territorio. Así, en virtud del artículo 54 LOEx, «Son infracciones graves (...) b) Inducir, promover, favorecer o facilitar *con ánimo de lucro*, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito».

necesidad<sup>1000</sup>. Se puede hablar de colisión de deberes cuando existe deber de evitar un mal y, para cumplir con aquél, solo cabe infringir otro<sup>1001</sup>. Es, a nuestro entender, lo que se produce en los casos objeto de análisis debido a que las ONG, para cumplir con el deber de asistencia a personas en peligro en el mar (sobre todo en la vertiente de transportar a los rescatados a un lugar seguro), deben incumplir el deber de abstenerse a introducir personas en un territorio en contravención de la normativa de control fronterizo (deber de omitir una lesión). En esta colisión de deberes existe un conflicto de intereses, ya que los deberes mencionados protegen bienes jurídicos de distinta naturaleza: por una parte, tenemos el derecho a la vida de las personas rescatadas y, por otro, la seguridad interior y el orden público salvaguardado por la normativa de control fronterizo.

En el ámbito jurisdiccional, hasta el momento, la balanza en esta colisión de deberes se ha decantado a favor de la vida de las personas, lo cual ha llevado a distintos tribunales de los Estados miembros a apreciar la existencia de un estado de necesidad y a absolver a los responsables de las ONG acusados de facilitación de entrada irregular por las autoridades de Grecia<sup>1002</sup> e Italia.

Especialmente significativo e ilustrativo a efectos de la ponderación de intereses planteada en este epígrafe resulta el fallo del juez del Tribunal de Ragusa que ordenó la liberación de una nave de la ONG española *Proactiva*, el *Open Arms*<sup>1003</sup>. Esta había sido incautada e inmovilizada por orden del fiscal de Catania como medida preventiva previa a la acusación formulada contra los responsables de la ONG por facilitación de entrada

---

<sup>1000</sup> Entre otros, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2011, p. 460.

<sup>1001</sup> Como señala MIR PUIG, «lo peculiar de la colisión de deberes es que en ella el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de necesidad, en los cuales se faculta (pero no se obliga) al agente a efectuar la lesión de un bien jurídico» [Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 460]. Por otra parte, el mismo autor diferencia la figura de la del cumplimiento de un deber argumentando que en esta última el presupuesto básico es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado (p. 490). Es decir, no basta con la existencia de cualquier deber de actuar, sino que ha de consistir en un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado. Por ello, MIR PUIG entiende que será difícil encontrar deberes cuyo cumplimiento dé lugar a la aplicación de esta eximente que no procedan de un cargo público (p. 491). Este razonamiento restringe la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber a cargos públicos, mientras que cuando es un ciudadano cualquiera el que obra un cumplimiento de un deber el caso quedaría subsumido en la eximente de estado de necesidad, concretamente como colisión de deberes.

<sup>1002</sup> En mayo de 2016, fueron absueltos sin cargos cuatro bomberos españoles de la organización de rescate *Proemaid* que fueron detenidos y procesados por facilitación de entrada irregular de migrantes en Grecia cuando participaban en una operación de rescate en el Mar Egeo en enero del mismo año [«Liberados sin cargos los tres bomberos que acusaron en Lesbos», noticia de 7 de mayo de 2018. Disponible en: <https://es.euronews.com/2018/05/07/liberados-sin-cargos-los-tres-bomberos-acusados-en-lesbos> (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].

<sup>1003</sup> Daniel VERDÚ y Carlos GARFELLA, «Italia libera el barco de la ONG española *Open Arms*», noticia de 16 de abril de 2018 [Disponible en: [https://elpais.com/politica/2018/04/16/actualidad/1523871692\\_947502.html](https://elpais.com/politica/2018/04/16/actualidad/1523871692_947502.html) (Consultado por última vez el 2 de julio de 2019)].



irregular de migrantes. Concretamente, los hechos que motivaron la acusación fueron el rescate en marzo de 2016 de más de 200 migrantes en peligro en la zona SAR libia y su posterior traslado a Italia desatendiendo las peticiones de la guardia costera libia y el RCC de Roma de mantenerse al margen de la operación. Según el juez instructor italiano, «*secondo l'articolo 54 c.p. il fatto-reatto è giustificato se chi lo ha commesso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile*». En relación con la operación de rescate, puntualizó que ésta «*non si esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi e concludersi con lo sbarco in un luogo sicuro (POS, place of safety), come previsto dalla Convenzione SAR (...)*». Sobre la consideración de Libia como puerto seguro, el juez italiano señaló que «*non può essere considerato sicuro un luogo dove vi sia serio rischio che la persona possa essere soggetta alla pena di morte, a tortura, persecuzione od a sanzioni o trattamenti inumani o degradanti o dove la sua vita o la sua libertà siano minacciate per motivi di razza, religione, nazionalità (...)*». Por ello, existiendo «*informazioni attualmente disponibili (...) che indicano ancora la Libia come luogo in cui avvengono gravi violazioni dei diritti umani (...)*» el juez consideró que el traslado a Libia de los migrantes rescatados hubiera supuesto «*un danno grave alla persona, danno che, alla luce di quanto sopra detto, non può ritenersi puramente ipotetico e non attuale, la scriminante dello stato di necessità rimane in piedi*»<sup>1004</sup>. Como resume SÁNCHEZ LEGIDO, el juez respaldó la actuación de la ONG española por «la existencia de indicios que avalarían el carácter humanitario de su actuación, la necesidad de integrar las exigencias derivadas de los derechos humanos en la apreciación del concepto de lugar de desembarco y la aplicación de la eximente de estado de necesidad»<sup>1005</sup>. Todo ello «privaba *prima facie* de fundamento a la acusación e impedía considerar la concurrencia del *fumus boni juris* requerido para su aplicación»<sup>1006</sup>.

*c) La prevalencia de la asistencia sobre el orden público pero condicionado a una ausencia de intencionalidad*

El estado de necesidad es una eximente para cuya aplicación es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos o condiciones. En primer lugar, es necesario que

<sup>1004</sup> Tribunale di Ragusa, 16 aprile 2018, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, n. 1216-1282/18 R.G.N.R., Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, pp. 12-15.

<sup>1005</sup> Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, «¿Héroes o villanos? las ONG's de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (a propósito del caso *Open Arms*)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, p. 13.

<sup>1006</sup> *Ibidem*, p. 13.

exista un estado de peligro actual de un mal propio o ajeno que provoque la necesidad de lesionar un bien jurídico o infringir un deber para conjurar dicho peligro. En segundo lugar, al menos en el CP español, es preciso que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Por último, la situación de necesidad no ha debido ser provocada intencionalmente por el sujeto; sujeto que, en el caso de auxilio necesario, se identifica con el auxiliador. Conviene destacar que, mientras el CP español establece como requisito que *la situación de necesidad* no haya sido provocada intencionalmente, el *Codice Penale* italiano exige que *el peligro* no haya sido provocado intencionalmente. La consecuencia es que, en España, se exige, para la falta del requisito, «que el sujeto haya provocado dolosamente la situación de conflicto [entre los bienes jurídicos en colisión] y no solo el peligro, sin conciencia de que iba a provocar la situación de necesidad [como en Italia]»<sup>1007</sup>. Pues bien, en los casos objeto de análisis nos encontramos con que, ciertamente, existe un estado de peligro actual de un mal ajeno (la vida de las personas que viajan en la embarcación de fortuna) para cuya desaparición, *a priori*, es necesario infringir el deber de abstenerse a introducir personas de manera irregular en un territorio. En general, por tanto, puede entenderse cumplido el primer requisito. La misma conclusión cabe obtener del cumplimiento del segundo requisito, ya que, en principio, el mal causado (violación de la normativa de control fronterizo con el consiguiente perjuicio a la seguridad interior y al orden público protegido por las mismas) no es mayor que el que se trata de evitar (la muerte de las personas rescatadas)<sup>1008</sup>. Hasta aquí, por tanto, plena coincidencia con la jurisprudencia citada.

No obstante, en el caso denunciado por Fabrice LEGGERI (Director de la Agencia GEFC), relativo al contacto telefónico entre las ONG y las bandas libias previas a la salida de las embarcaciones de fortuna para acudir a su rescate al salir del mar territorial libio, sería necesario analizar en profundidad el requisito relativo a la producción intencionada

---

<sup>1007</sup> Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 480.

<sup>1008</sup> Juan CÓRDOBA RODA, «Artículo 20. 5º», en Juan CÓRDOBA RODA y MERCEDES GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 195 y 196, señala acertadamente que, en ocasiones, hay bienes en conflicto de tal naturaleza que resulta extremadamente difícil ponderar si uno es superior a otro. No obstante, el autor se inclina a pensar que, en general, existe una cierta primacía del interés individual, por lo concreto y real, sobre el interés público, por lo abstracto. Para justificar su posición pone como ejemplo una STS de 11 de diciembre de 1962 en la que el tribunal admitió la posibilidad de invocar el estado de necesidad en relación a una conducta lesiva de un bien jurídico abstracto (la seguridad del tráfico) con el fin de salvar el concreto de la integridad corporal. En la sentencia se valoraba la actuación de un hombre que, para trasladar a otro al hospital tras un accidente, cogió su coche teniendo caducado el permiso de conducir.

del peligro<sup>1009</sup>. De hecho, el Código de Conducta para las ONG elaborado por el Ministerio del Interior italiano recoge el compromiso de aquellas de no comunicarse o mandar señalizaciones luminosas que favorezcan la salida de las embarcaciones que transporten migrantes. En el caso de que esta línea argumental tuviera alguna fundamentación fáctica real, habría que determinar si la responsabilidad de las ONG podría quedar eximida o si su actitud se puede asimilar a una provocación intencionada de la situación de rescate que impediría la apreciación de la eximente. Como señala MIR PUIG, «quien pone a otra persona frente a un león ajeno tiene el deber de salvarlo. Y, sin embargo, parece justo castigarle por la muerte del león (propiedad de alguien). Habrá que castigarle no por haber cumplido el deber de auxilio, sino porque la lesión es imputable a una provocación dolosa anterior»<sup>1010</sup>. Igualmente, en aquellos casos en los que los migrantes sean rescatados en la zona SAR maltesa por las ONG y estas se dirijan deliberadamente a Italia para desembarcarlos, tal y como presuponen las circulares del Ministerio del Interior italiano, habría que considerar la existencia de una provocación intencionada de la colisión entre el orden público italiano y la vida de las personas en peligro por parte de las ONG. Realmente, si la operación de rescate se lleva a cabo en la zona SAR de Malta y bajo la coordinación del RCC de Malta, no hay necesidad de contraponer la vida de las personas y el orden público italiano. Podría hablarse en estos casos de un fraude de ley por parte de las ONG, ya que utilizan la obligación de prestar asistencia y la posterior entrada deliberada en el SAR italiano para introducir en Italia a los rescatados vulnerando sus normas de control fronterizo cuando, en realidad, no había ninguna emergencia humanitaria que no hubiera podido solventar Malta en cumplimiento del Convenio SAR. Distinto es que el rescate se haya producido en la zona SAR libia, en cuyo caso la única forma de garantizar la vida de las personas rescatadas es desembarcándolas en Italia, al ser Libia un país no seguro a efectos de desembarco<sup>1011</sup>.

---

<sup>1009</sup> Félix FLORES, *La Vanguardia*, «Frontex declara la guerra a las ONG», noticia de 13 de abril de 2017 [Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20170413/421670960370/frontex-declara-guerra-ong-rescate-mediterraneo.html> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2019)]. Según el Director de Frontex, la connivencia entre las ONG y las mafias libias «sería el motivo de que el 40% de los rescates en el mar sean llevados a cabo por entidades privadas sin ánimo de lucro».

<sup>1010</sup> Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 481.

<sup>1011</sup> No coincidimos, en este sentido, con la postura del Ministerio del Interior italiano, el cual equipara las condiciones de recepción de los rescatados en los puertos malteses, italianos, tunecinos y libios: «*Né le coste italiane risultino essere gli unici, possibili luoghi di approdo in caso di eventi di soccorso, considerato che sia i porti libici, tunisini e maltesi possono offrire adeguata assistenza logistica e sanitaria, essendo peraltro più vicini in termini di miglia marine, laddove la sicurezza della navigazione imporrebbe – in linea di principio – la ricerca di un luogo di sbarco prossimo alle coordinate marine d'intervento*» (Direttiva

En conclusión, es cierto que la normativa de control fronterizo contempla circunstancias que permiten excepcionar la entrada «regular» de personas en el territorio de un Estado miembro por motivos humanitarios. También es cierto que el tipo infractor que regula la facilitación de entrada irregular excluye los casos de ayuda humanitaria y que se han dictado sentencias en las que se aprecia el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber como eximentes de responsabilidad. No obstante, es necesario tener en cuenta la casuística que presentan todos estos casos y que, en ocasiones, el peligro para la vida ha sido causado injustificadamente, bien por el rescatado, o bien por el rescatador que ha incitado que se produzca la situación que da lugar al rescate o que el desembarque se produzca en un Estado al que no le corresponde. En estos últimos casos, no parece que la apelación al orden público o la seguridad interior para prohibir la entrada de estas personas a un Estado miembro (bien mediante la prohibición de paso inocente o bien mediante la simple aplicación de los procedimientos previstos en la normativa de control de fronteras) sea criticable. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que dichas prohibiciones no pueden afectar a los intereses y derechos de otras personas cuyas vidas se encuentran realmente en peligro independientemente de la intención de quienes los auxilian o quienes comparten el viaje con ellas. No se puede responsabilizar a las ONG de la identificación y distinción entre personas que viajan por motivos económicos y personas cuya vida se encuentra realmente en peligro. Por ello, es difícil determinar hasta qué punto son colaboradores en el fraude a las normativa de control fronterizo o rescatadores de personas que tratan de sobrevivir.

---

*per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione ...cit., p.6).*

**BLOQUE III**

**LA EJECUCIÓN MEDIANTE LA  
COOPERACIÓN OPERATIVA  
ENTRE ESTADOS MIEMBROS DEL  
MANDATO DE VIGILANCIA EN LAS  
FRONTERAS EXTERIORES  
EUROPEAS**

## **CAPÍTULO VII. FORMAS DE COOPERACIÓN OPERATIVA COORDINADAS POR LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS**

### **1. LA COORDIACIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA REALIZADA POR LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS**

En el Capítulo II, además de exponer el origen y evolución de la Agencia GEFC como órgano ejecutivo de la Unión Europea en la Política común de gestión de las fronteras exteriores, se enumeraron sus potestades ejecutivas operativas remitiéndonos a Capítulos posteriores para un estudio pormenorizado. Pues bien, a continuación procederemos a analizar la potestad para cuyo ejercicio fue creada la Agencia GEFC: la coordinación de la cooperación operativa entre Estados miembros en materia de control fronterizo. En concreto, dado que el objeto de este trabajo es la vigilancia fronteriza, los sucesivos epígrafes se centrarán en el análisis de la asistencia técnica y operativa prestada por la Agencia GEFC a los Estados miembros en este ámbito, lo cual se materializa principalmente a través de operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas<sup>1012</sup>. No obstante, estas modalidades de cooperación operativa en el ámbito marítimo implican, en la mayoría de las ocasiones, la realización de actividades de búsqueda y salvamento, motivo por el cual estas últimas también serán objeto de análisis. En definitiva, entre las funciones de la Agencia GEFC reguladas por el Reglamento GEFC 2019, de ahora en adelante nos centraremos en las siguientes:

- Asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores mediante la coordinación y organización de operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas, teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional [artículo 10.1.g) y h) Reglamento GEFC 2019];

---

<sup>1012</sup> Cabe destacar que, independientemente de la cooperación coordinada por la Agencia GEFC, los Estados miembros podrán seguir cooperando a nivel operativo con otros Estados miembros o terceros países «siempre que esta cooperación sea compatible con las tareas de la Agencia» (artículo 7.5 Reglamento GEFC 2019).

- Prestar ayuda técnica y operativa a los Estados miembros y a terceros países, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014 y el Derecho Internacional, para apoyar las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas [artículo 10.1.i) Reglamento GEFC 2019];
- Desplegar el cuerpo permanente en el marco de los equipos de gestión de fronteras durante las operaciones conjuntas y las intervenciones fronterizas rápidas [artículo 10.1.j) Reglamento GEFC 2019];
- Y, como base previa y necesaria para todo lo anterior, crear un contingente de equipamiento técnico, incluido un contingente de equipamiento de reacción rápida, que se desplegará en operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas [artículo 10.1.k) Reglamento GEFC 2019].

Aunque el Reglamento GEFC 2019 se aplica en todas las fronteras exteriores de la Unión, ya sean terrestres, marítimas o aéreas, las referencias al salvamento marítimo entre las funciones de la Agencia GEFC y el hecho de que su propio nombre y composición aludan específicamente a los guardacostas demuestra el protagonismo de la vigilancia de las fronteras marítimas en el sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. La promulgación del Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, es la mejor prueba de ello. Este protagonismo de la vigilancia de la frontera marítima tiene pleno sentido si tenemos en cuenta, como ya hemos señalado, que de los 128.536 migrantes que llegaron a la Unión Europea en el año 2019 de manera irregular, 103.901 lo hicieron por vía marítima (casi un 81% del total)<sup>1013</sup>. Por todo ello, el análisis de las distintas formas de cooperación operativa que se va a proceder a realizar a continuación se hará prestando especial atención a su despliegue en las fronteras exteriores marítimas.

---

<sup>1013</sup> OMI, *DTM Mediterranean. Summary Key Results January- December 2019*.

## 2. LAS PRIMERAS FORMAS DE COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA

Desde el año 2004, habilitada primero por el artículo 66 TCE y posteriormente por artículo 74 TFUE<sup>1014</sup>, la función principal de Frontex ha sido «coordinar la cooperación operativa entre Estados miembros» (artículo 2.1. a) Reglamento FRONTEX 2004) para ayudar a aquellos Estados «enfrentados a una situación que exija una asistencia operativa y técnica reforzada en sus fronteras exteriores» (artículo 2.1 e) Reglamento FRONTEX 2004). Tradicionalmente, sobre todo en la última década, las situaciones que suelen requerir una asistencia operativa y técnica reforzada en las fronteras exteriores son las llegadas masivas de personas de terceros Estados que tratan de entrar en la Unión Europea de manera irregular. Ante esta situación, según el legislador de la Unión, una de las mejores soluciones era «la gestión efectiva de las fronteras exteriores mediante la vigilancia» (Considerando 3 Reglamento FRONTEX 2007). Por ello, la misión principal de Frontex era garantizar una mayor «eficacia, calidad y uniformidad (...) de la vigilancia de las fronteras exteriores de los Estados miembros» (artículo 1.2 Reglamento FRONTEX 2004). Eso sí, ejerciendo el rol de mero coordinador, sin sustituir a los servicios nacionales de control de fronteras.

Aunque hasta el año 2019 la Agencia no ha tenido entre su personal guardias de fronteras que ejerzan labores de vigilancia<sup>1015</sup>, los mecanismos de cooperación operativa previstos en su regulación originaria se convirtieron desde un primer momento en el principal instrumento al servicio de los Estados miembros para hacer frente a la

---

<sup>1014</sup> Del literal de los títulos habilitantes mencionados se desprende, tal y como se expuso en el Capítulo II, el aumento del protagonismo del Parlamento Europeo en el ámbito objeto de estudio a partir del Tratado de Lisboa. Ello confirma el transcurso de la intergubernamentalidad a la comunitarización en este sector. Si el artículo 66 TCE disponía que «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, tomará las medidas necesarias para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el presente título, así como entre dichos servicios y la Comisión», el artículo 74 TFUE establece que «El Consejo adoptará medidas para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en los ámbitos a que se refiere el presente título, así como entre dichos servicios y la Comisión. Se pronunciará a propuesta de la Comisión, sin perjuicio del artículo 76, y previa consulta al Parlamento Europeo».

<sup>1015</sup> A título de ejemplo, el artículo 17 del Reglamento FRONTEX 2004 disponía que «El personal de la Agencia estará integrado por un número suficiente de funcionarios y de expertos *nacionales* en control y vigilancia de las fronteras exteriores *destacados por los Estados miembros* para ejercer *funciones de gestión* (...)». La ausencia de personal de la Agencia con competencias ejecutivas de control fronterizo fue criticada desde el nacimiento de Frontex por suponer un obstáculo a la eficacia y autonomía de la Agencia. Este escollo ha sido subsanado con la aprobación del Reglamento GEFC 2019. El mismo fue aprobado, en tiempo récord, después de que la Comisión presentara su Propuesta en septiembre de 2018 (COM 2018 631 Final). Como se verá con posterioridad, el Reglamento GEFC 2019 contempla la incorporación de personal estatutario de la Agencia GEFC con competencias ejecutivas de control fronterizo en las distintas modalidades de cooperación operativa.



inmigración irregular cuando los medios nacionales eran insuficientes. Concretamente, los mecanismos de coordinación que adoptaron un mayor protagonismo en materia de vigilancia fueron las operaciones conjuntas, los equipos de intervención rápida en frontera (RABITs, por sus siglas en inglés) y los Equipos Europeos de Guardia de Fronteras (EBGT, por sus siglas en inglés). Estas modalidades constituyeron los gérmenes de las formas de cooperación actualmente reguladas en el Reglamento GEFC 2019, de ahí la necesidad de su estudio.

## 2.1 Las operaciones conjuntas

### 2.1.1 Concepto

Las operaciones conjuntas son la única modalidad de cooperación operativa primigenia que se mantiene hoy día en la regulación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, motivo por el cual su régimen jurídico actual será analizado más detalladamente con posterioridad. No obstante, a los efectos de este epígrafe, resulta necesario esbozar, al menos, un concepto de las mismas. Estas pueden ser definidas como una forma de cooperación operativa entre Estados miembros de la Unión Europea coordinada por la Agencia y consistente en el despliegue de personal especializado (principalmente guardias fronterizos) y equipo técnico (aeronaves, buques y equipo de control y vigilancia de fronteras) procedentes de otros Estados en la frontera exterior de un Estado miembro que precisa y solicita «asistencia operativa y técnica reforzada, especialmente en casos de presiones específicas y desproporcionadas»<sup>1016</sup>.

Tal y como se deriva de la definición anterior, las operaciones conjuntas constituyen una de las manifestaciones más evidentes y uno de los mejores exponentes de la gestión integrada de las fronteras exteriores. En este sentido, autores como CARRERA Y DEN HERTOOG coinciden en que una de las competencias más importantes de Frontex es, precisamente, coordinar a los Estados miembros en actividades de vigilancia a través de las operaciones conjuntas<sup>1017</sup>.

### 2.1.2 Evolución y puesta en práctica hasta 2019

---

<sup>1016</sup> Artículo 3 Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011).

<sup>1017</sup> Sergio CARRERA y Leonhard DEN HERTOOG, «A EBCG, What's in a name?», *CEPS Working Paper in Liberty and Security*, n.º 99, 2016, p. 5.

En su origen, las operaciones conjuntas fueron parcamente reguladas a través del artículo 3 del Reglamento FRONTEX 2004<sup>1018</sup>. De hecho, se configuraron como una forma de cooperación operativa entre Estados miembros coordinada por la Agencia, pero no se especificó en qué casos podían solicitarse, cómo se organizaban los guardias de fronteras desplegados en las mismas o cuáles eran las funciones y competencias de estos últimos. Debido a esa escasez regulatoria, la puesta en práctica de las operaciones conjuntas puso de manifiesto las mayores vulnerabilidades de la Agencia desde momentos muy tempranos. Como ha señalado ACOSTA SÁNCHEZ, la pionera operación conjunta *Hera* demostró su falta de eficacia por la escasa disponibilidad de medios técnicos y humanos, la lentitud de su puesta en marcha y sus discretos resultados<sup>1019</sup>. Por otra parte, a las críticas en términos de eficacia y eficiencia operativa, se unieron denuncias relativas al escaso control en materia de respeto y protección de los derechos humanos. En este sentido, académicos y ciudadanos en toda Europa denunciaron y mostraron evidencias de ciertas prácticas en las fronteras que provocaban violaciones de derechos humanos y, sobre todo, una manifiesta falta de respeto por el principio de no devolución<sup>1020</sup>.

Continuando con la evolución normativa, el Reglamento FRONTEX 2007 aprovechó la creación de los RABIT (*vid.* siguiente epígrafe) para introducir mejoras en la regulación de las operaciones conjuntas. Además de crear las categorías «estado

---

<sup>1018</sup> El artículo 3.1 Reglamento FRONTEX 2004 se limitaba a disponer que «La Agencia examinará, aprobará y coordinará las propuestas de operaciones conjuntas y proyectos piloto presentadas por los Estados miembros. La propia Agencia, de acuerdo con el Estado o Estados miembros afectados, podrá tomar iniciativas relativas a operaciones conjuntas y proyectos piloto para su realización en colaboración con los Estados miembros».

<sup>1019</sup> Este autor destaca, entre otras cuestiones, que de los trece países europeos que se comprometieron inicialmente a apoyar a España en la crisis de los cayucos de 2006 solo cuatro (Italia, Luxemburgo, Finlandia y Portugal) participaron realmente en la misión de control de la frontera sur de Europa. Para más información *vid.* Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ, «La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras-Frontex y el control marítimo de la inmigración clandestina», *Tiempo de paz*, n.º 83, 2006, p. 23.

<sup>1020</sup> En este sentido *vid.* Sergio CARRERA, «Towards a Common European Border Service?», *CEPS Working Document*, n.º 331, 2010 y Human Rights Watch (HRW), *The EU's Dirty Hands. Frontex involvement in ill-treatment of migrant detainees in Greece*, 2011. En este último informe se acusaba a Frontex de exponer a los inmigrantes a tratamientos «inhumanos y degradantes» en los centros de detención griegos (Operación conjunta *Poseidón*), donde eran hacinados antes de pasar a disposición de las autoridades griegas competentes en cada caso.

La compatibilidad de las actuaciones de la Agencia con el respeto a la normativa internacional de protección de los derechos humanos será analizada minuciosamente en el próximo Capítulo.

miembro de origen»<sup>1021</sup>, «estado miembro de acogida»<sup>1022</sup> y «agentes invitados»<sup>1023</sup>, el mencionado Reglamento reguló por vez primera las funciones y competencias de estos últimos durante las operaciones conjuntas y sus regímenes de responsabilidad civil y penal. No obstante, no fue hasta el Reglamento FRONTEX 2011 cuando se especificó detalladamente qué condiciones debían darse para la iniciación de las operaciones conjuntas<sup>1024</sup> y se previó la necesidad de un plan operativo en el que se recogieran todos los pormenores de la operación<sup>1025</sup>. A raíz de las enmiendas de 2011, los guardias de fronteras desplegados en las operaciones conjuntas pasaron a organizarse bajo la estructura de Equipos Europeos de Guardia de Fronteras (EBGT), los cuales se analizarán con posterioridad.

---

<sup>1021</sup> El artículo 1 bis 3) Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2007) definía «Estado miembro de origen» como «el Estado miembro a cuya guardia de fronteras pertenece el miembro del equipo o el agente invitado».

<sup>1022</sup> El artículo 1 bis 2) Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2007) definía «Estado miembro de acogida» como el «Estado miembro en cuyo territorio tiene lugar el despliegue de un equipo de intervención rápida en las fronteras o se realiza una operación conjunta o un proyecto piloto».

<sup>1023</sup> El artículo 1 bis 1) Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2007) definía los «agentes invitados» como «los agentes de la guardia de fronteras de Estados miembros distintos del Estado miembro de acogida que participan en operaciones conjuntas y proyectos piloto».

<sup>1024</sup> Concretamente, el artículo 3.1 Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011) establecía que «La Agencia examinará, aprobará y coordinará las propuestas de operaciones conjuntas y proyectos piloto presentadas por los Estados miembros, incluidas las solicitudes de los Estados miembros *relacionadas con situaciones que exijan una asistencia operativa y técnica reforzada, especialmente en casos de presiones específicas y desproporcionadas*».

<sup>1025</sup> En virtud del artículo 3 bis Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011) «(...) El director ejecutivo y el Estado miembro de acogida, en consulta con los Estados miembros participantes en una operación conjunta o un proyecto piloto, acordarán un plan operativo que indique los aspectos organizativos con suficiente antelación al inicio previsto de dicha operación conjunta o proyecto piloto. El plan operativo abarcará todos los aspectos que se consideren necesarios para la realización de la operación conjunta (...)».

A *Hera* le siguieron otras operaciones conjuntas como *Poseidón* (2006)<sup>1026</sup>, *Nautilus* (2006)<sup>1027</sup>, *Hermes* (2007)<sup>1028</sup>, *Indalo - Minerva* (2007)<sup>1029</sup>, *Tritón* (2014)<sup>1030</sup> y *Themis* (2018)<sup>1031</sup>, todas ellas en el Mar Mediterráneo. Algunas de estas operaciones se han mantenido durante años, ya sea de forma intermitente o continuada, habiéndoles sido de aplicación las sucesivas enmiendas al Reglamento FRONTEX 2004. El hecho de que

---

<sup>1026</sup> *Poseidón* es una operación conjunta lanzada en el año 2006 en el Mediterráneo Oriental que se ha prorrogado hasta la actualidad. Su principal objetivo es asistir a Grecia para reforzar sus actividades de vigilancia en la frontera greco-turca, sus capacidades para salvar vidas en el Mar Egeo y las labores de identificación y retorno de inmigrantes irregulares en territorio griego. Dada la dimensión de los medios técnicos y humanos desplegados, así como por su larga duración, *Poseidón* constituye la mayor operación coordinada por Frontex (ahora Agencia GEFC) hasta la fecha. A ello debemos unir el hecho de que, desde su puesta en marcha, la operación conjunta se ha combinado con el despliegue de Equipos de Intervención Rápida o RABITs (2010) e Intervenciones Fronterizas Rápidas (2015) para hacer frente a las llegadas masivas de migrantes en momentos concretos.

<sup>1027</sup> La operación *Nautilus* fue lanzada en 2006 con la intención de «fortalecer el control de la frontera marítima del Mediterráneo Central y apoyar a las autoridades maltesas en las entrevistas con los inmigrantes» (Comunicado de prensa de Frontex, *Joint operation Nautilus 2007- end of the first phase*, de 6 de agosto de 2007). La operación concluyó cuando Malta se negó a continuar acogiéndola en el año 2010. En dicho año, la Organización Marítima Internacional (en adelante OMI) modificó los Convenios SAR y SOLAS para concretar la responsabilidad de los Estados en los rescates efectuados en sus respectivas zonas SAR (vid. Capítulo VI) y el Consejo de la Unión Europea aprobó la Decisión de 26 de abril de 2010 por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por Frontex (vid. Capítulo VIII). Dicha Decisión incluía dos anexos en los que se determinaban las responsabilidades del Estado anfitrión de las operaciones conjuntas respecto al desembarco de los migrantes rescatados e interceptados, responsabilidades que Malta se negaba a asumir.

<sup>1028</sup> La Operación conjunta *Hermes* fue lanzada en 2011 para reforzar la vigilancia de la frontera sur del Mediterráneo y lidiar con la «extraordinaria presión migratoria de las Islas Pelagias (Italia)» (Comunicado de prensa de Frontex, *Request for Help over Migratory Pressure in Lampedusa*, de 15 de febrero de 2011). Durante la operación, solicitada y acogida por Italia, Frontex coordinó el despliegue de personal para patrullar el Mediterráneo Central «con el objetivo de detectar y prevenir los cruces ilegales de frontera a las Islas Pelagias, Sicilia y la península italiana» (Comunicado de prensa de Frontex, *Hermes 2011 Running*, de 21 de febrero de 2011).

<sup>1029</sup> *Indalo* y *Minerva* son dos operaciones conjuntas acogidas por España y lanzadas en 2007 en el Mediterráneo Occidental, que se han prolongado hasta la actualidad. Aunque las dos cubren la zona geográfica que va del Estrecho de Gibraltar hasta la región de Murcia, la primera está más enfocada en las detecciones de entrada irregular de personas procedentes de Marruecos y Argelia y la segunda tiene por objeto principal frenar la delincuencia transfronteriza mediante el refuerzo de las inspecciones en los puertos.

<sup>1030</sup> Tras la tragedia que tuvo lugar en las costas de Lampedusa en octubre de 2013, en la que murieron más de 360 migrantes, el Gobierno italiano lanzó la operación *Mare Nostrum* con la intención de intensificar las labores de búsqueda y rescate en el Mediterráneo. Pese al gran número de personas rescatadas, la operación fue fuertemente criticada por sus altos costes y por la supuesta producción del denominado «efecto llamada» de migrantes. Tales motivos llevaron a la cancelación de la operación italiana en noviembre de 2014 y a su sustitución por la Operación conjunta *Tritón*, coordinada por Frontex y financiada, en gran parte, por la Unión Europea. Al contrario que la operación auspiciada por Italia, *Tritón* fue concebida principalmente como una operación de vigilancia fronteriza, sin perjuicio de las labores de rescate que pudieran surgir durante sus actuaciones. Debido al incremento de la presión migratoria en la primavera y verano de 2015, la Agencia reforzó el presupuesto y perímetro de actuación de la operación y amplió la duración de la misma a 2016 y 2017.

<sup>1031</sup> La Operación conjunta *Themis* comenzó en febrero de 2018, sustituyendo a la operación *Tritón*. Su principal objetivo es asistir a Italia en materia de inspecciones y vigilancia fronterizas, así como en labores de búsqueda y salvamento marítimo en el área del Mediterráneo Central. Los oficiales desplegados por la Agencia GEFC apoyan a las autoridades italianas también en el registro de los migrantes que llegan a sus costas.

una misma operación conjunta haya persistido lo suficiente en el tiempo como para verse afectada por distintas regulaciones ha permitido comprobar en la práctica las sucesivas ampliaciones y mejoras de las competencias de la Agencia en el mismo marco operativo. Ello ha provocado que las propias operaciones se conviertan en el mejor laboratorio de ensayo. Centrándonos en la última etapa de Frontex, desde su transformación en la Agencia GEFC en 2016, las operaciones conjuntas en activo se encuentran desplegadas en Italia (*Themis*), España (*Minerva* e *Indalo*), Grecia (*Poseidón*) y los Balcanes Occidentales (*Wester Balkans Operations*).

## 2.2 Los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras (RABITs)

### 2.2.1 Concepto

Muchas de las modificaciones llevadas a cabo en la regulación de Frontex fueron consecuencia de la puesta en práctica de sus funciones, en concreto de las relativas a la «coordinación de la cooperación operativa» y la «asistencia operativa y técnica reforzada» [artículo 2.1 a) y e) respectivamente del Reglamento FRONTEX 2004] a través de las operaciones conjuntas. Es por ello que podemos afirmar que la evolución de la Agencia responde al método ensayo-error<sup>1032</sup>.

Una de las primeras «mejoras» en el ámbito de la cooperación operativa coordinada por la Agencia fueron los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras o *Rapid Border Intervention Teams* (RABITs, por sus siglas en inglés), creados por el Reglamento FRONTEX 2007. Estos surgieron tras el mencionado fracaso de la pionera operación conjunta *Hera*. Así, el Considerando 5 del Reglamento FRONTEX 2007 reconocía que «Las posibilidades actuales de proporcionar una asistencia práctica eficaz en lo que respecta al control de las personas en las fronteras exteriores y a la vigilancia de las fronteras exteriores a escala europea no se consideran suficientes (...)». Por este motivo, el artículo 1 Reglamento FRONTEX 2007 introdujo «un mecanismo destinado a proporcionar durante un período limitado una asistencia operativa rápida, en forma de equipos de intervención rápida en las fronteras, al Estado miembro que lo solicite por encontrarse este ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intentan entrar ilegalmente en el territorio del Estado miembro».

---

<sup>1032</sup> Teresa ACOSTA PENCO, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿un nuevo Frontex?», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, enero-junio 2018, p. 91.

Nacían así los equipos europeos de intervención rápida [artículo 8.bis Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2007)], embrión de lo que posteriormente serían las intervenciones fronterizas rápidas, vigentes en la actualidad.

La diferencia principal de estos nuevos equipos respecto a las operaciones conjuntas que hemos analizado antes estribaba en la rapidez con la que debía actuar la Agencia para su despliegue y la correlativa menor capacidad de reacción de los Estados participantes para aportar sus recursos ante una situación urgente y excepcional de alta presión migratoria en un determinado Estado miembro. Al contrario de lo acontecido respecto a la regulación de las operaciones conjuntas, el Reglamento FRONTEX 2007 configuró todos los aspectos relativos a los RABITs desde el principio: su composición; el procedimiento para decidir el despliegue; las funciones y competencias de los miembros de los equipos; sus derechos y obligaciones; la legislación aplicable durante las actuaciones; los regímenes de responsabilidad civil y penal y la existencia de un plan operativo para cada intervención acordado entre el director ejecutivo de la Agencia y el Estado miembro de acogida<sup>1033</sup>.

#### 2.2.2 Composición y despliegue

Los RABITs estaban constituidos por los agentes de la guardia de fronteras de los Estados miembros que participaban en una intervención rápida en las fronteras, excluidos los del Estado miembro de acogida (artículo 3, punto 2 Reglamento FRONTEX 2007). Es decir, los guardias fronterizos del Estado miembro donde se desplegaba la operación no formaban parte de los equipos. Esta forma de organización, que simboliza el rechazo a la idea de un verdadero cuerpo europeo de guardias fronterizos, se ha mantenido hasta la actualidad. En cuanto al despliegue, y tras la solicitud de la Agencia, los Estados miembros debían comunicar el número, los nombres y los perfiles de los agentes de la guardia de fronteras de los respectivos contingentes nacionales que podían poner a su disposición en un plazo de cinco días (artículo 8.1 ter Reglamento FRONTEX 2004, modificado por el Reglamento FRONTEX 2007). Este mecanismo *on call* o (de guardia) supuso un gran avance respecto al Reglamento FRONTEX 2004<sup>1034</sup>, en el que la

---

<sup>1033</sup> Artículos 4 a 11 Reglamento FRONTEX 2007.

<sup>1034</sup> Jorrit RIJPMMA, en «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», *Study of the LIBE Committee*, 2016, p. 11 destaca que, de acuerdo con la regulación de 2007, «en principio, los Estados miembros estaban bajo la obligación de tener a sus guardias de fronteras disponibles, creando un contingente *on call* a disposición de la Agencia». En el mismo sentido, Roberta MUNGIANU en «Frontex: Towards a Common Policy on External Border Control», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 15, Issue 4, p. 381, define el mecanismo como «de guardia», ya que el

regulación del despliegue de los guardias fronterizos de otros Estados miembros en el Estado solicitante de una operación conjunta era inexistente.

En relación con la obligación de los Estados de contribuir con sus guardias nacionales a los RABIT, las enmiendas de 2007 introdujeron una significativa cláusula en virtud de la cual los Estados miembros cuyos contingentes eran requeridos por la Agencia únicamente podían negarse a su despliegue «en caso de que se enfrent[as]en a una situación excepcional que afect[as]e de manera sustancial a la ejecución de funciones nacionales» (artículo 8 ter Reglamento FRONTEX 2004, modificado por Reglamento FRONTEX 2007). Esa cláusula que limitaba la posibilidad de los Estados de negarse a aportar sus recursos a Frontex estaba basada en lo que algunos autores han denominado (aunque pueda resultar contradictorio) «principio de solidaridad impuesta», el cual ha guiado las subsiguientes modificaciones de la Agencia hasta 2016<sup>1035</sup>. Es precisamente este peculiar principio que nace en 2007 el que representó, de manera más patente, el cambio de rumbo en la regulación de la Agencia desde la intergubernamentalidad a la supranacionalidad. Aunque la mencionada cláusula estaba plagada de conceptos jurídicos indeterminados y no exigía la acreditación de esa «situación excepcional», lo cual la convertía en un comodín para los Estados miembros, supuso un avance respecto a la regulación de las operaciones conjuntas. En estas últimas las contribuciones fueron completamente voluntarias hasta 2011.

### 2.2.3 Funciones, competencias y responsabilidad de los miembros de los equipos

Otro de los aspectos más significativos del Reglamento FRONTEX 2007 es que, como se ha señalado, se regularon por primera vez las competencias y funciones de los guardias fronterizos desplegados por los Estados miembros participantes en las distintas modalidades de cooperación operativa. Estos guardias fronterizos fueron denominados técnicamente «agentes invitados» en el caso de las operaciones conjuntas y «miembros de los equipos» en el caso de los RABITs, aunque sus funciones y competencias eran exactamente las mismas y se han mantenido prácticamente invariables hasta la actualidad.

Los guardias fronterizos desplegados estaban facultados «para ejercer todas las funciones y competencias necesarias para las inspecciones fronterizas o la vigilancia de

---

Reglamento prevé que los Estados miembros sean requeridos para desplegar guardas de fronteras ante una demanda de Frontex pero no existe una base permanente a su disposición.

<sup>1035</sup> Seline TREVISANUT, «Which borders for the EU Immigration Policy? Protection for EU joint borders management», en Loïc AZOULAI y Karin DE VRIES (coords.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationalities*, Oxford University Press, 2014, p. 114.

fronteras de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 562/2006 [antiguo Código de Fronteras Schengen o CFS 2006], y que sean necesarias para alcanzar los objetivos de dicho Reglamento» (artículo 10 Reglamento FRONTEX 2004, modificado en 2007). Como apunta BALDACCINI, el hecho de investir a los guardias fronterizos invitados con poderes ejecutivos «rompió un tabú a nivel europeo», ya que significaba que estos ya no se limitaban a ejercer funciones de advertencia, sino que podían ser desplegados y desarrollar actividades de policía junto con los agentes anfitriones<sup>1036</sup>. No obstante, el desempeño de tales funciones se realizaba bajo las instrucciones del Estado miembro de acogida y, como regla general, en presencia de sus guardias fronterizos nacionales<sup>1037</sup>, los cuales (recordamos) no formaban parte de los equipos. Este *modus operandi* explica la configuración del régimen de responsabilidad civil y penal de los miembros de los equipos introducido por el Reglamento FRONTEX 2007. Así, el artículo 10 *ter* disponía que «mientras los agentes invitados estén interviniendo en el Estado miembro de acogida, ese Estado miembro será responsable, de conformidad con su Derecho nacional, de los daños que causen aquellos durante sus operaciones»<sup>1038</sup>. Por su parte, en cuanto a la responsabilidad penal, el artículo 10 *quater* establecía que «durante el despliegue de una operación conjunta o de un proyecto piloto, los agentes invitados serán tratados como los agentes del Estado miembro de acogida por lo que respecta a los delitos que puedan cometer o de los que sean víctimas». Ambos regímenes de responsabilidad serán analizados más detalladamente con posterioridad, ya que se han mantenido prácticamente invariables hasta la actualidad.

La primera y única ocasión en la que se desplegaron los RABITs fue en la *RABIT Operation 2010* en Grecia. La ruta del Mediterráneo Oriental estaba siendo la más utilizada por los migrantes irregulares y refugiados para llegar a la Unión Europea entre 2008 y 2010, contabilizándose más de 147.963 cruces irregulares de las fronteras marítimas exteriores en ese trienio<sup>1039</sup>. El despliegue de los equipos de intervención rápida

---

<sup>1036</sup> Annelise BALDACCINI, «Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex Operations at Sea», en Bernard RYAN y Valsamis MITSILEGAS (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, p. 235.

<sup>1037</sup> Así lo disponía el artículo 6.3 Reglamento FRONTEX 2007, conforme al cual «Los miembros de los equipos solo podrán ejercer sus funciones y competencias bajo las instrucciones de los agentes de la guardia de fronteras del Estado miembro de acogida y, como regla general, en su presencia».

<sup>1038</sup> Aunque el precepto haga referencia exclusivamente a «los agentes invitados», el régimen de responsabilidad debe entenderse aplicable igualmente a los «miembros de los equipos», en relación con los RABITs.

<sup>1039</sup> Frontex, *Illegal border crossings on the Eastern Mediterranean route in numbers* [Disponible en: <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-routes/eastern-mediterranean-route/>]. (Consultado por última vez el 05/03/2020)].



a petición de Grecia tenía por objetivo «llevar a cabo una adecuada respuesta de capacidad operativa a los guardias fronterizos de los Estados miembros de la Unión Europea que se estaban enfrentando a la [en aquel momento] situación urgente y excepcional de inmigración irregular hacia Grecia, con el deseo de tener un efecto disuasorio y de demostrar la solidaridad operativa coordinada de los Estados miembros para garantizar la seguridad efectiva en las fronteras exteriores de la UE»<sup>1040</sup>. Concretamente, la misión principal de los RABIT era ayudar a los guardias de frontera griegos en las labores de vigilancia fronteriza y en las entrevistas diseñadas para identificar migrantes, documentos de identidad e información relevante sobre las redes de tráfico de migrantes. Algunos de los pormenores de esta operación serán analizados con posterioridad.

## 2.3 Los Equipos Europeos de Guardia de Fronteras (EBGT)

### 2.3.1 La reordenación de las modalidades de cooperación operativa coordinadas por la Agencia

Entre 2007 y 2011 los RABIT fueron, al mismo tiempo, una forma de organización de los guardias fronterizos de los Estados miembros invitados (por equipos) y una modalidad de cooperación específica (asistencia operativa rápida)<sup>1041</sup>. Por su parte, en ese mismo periodo, las operaciones conjuntas habían quedado configuradas como modalidades de cooperación en las que los guardias de frontera desplegados no estaban integrados en ninguna estructura organizativa concreta (como un equipo); en ellas simplemente se diferenciaba entre los agentes del Estado miembro de acogida y los agentes invitados. Esta heterogeneidad y dificultad operativa, organizativa y regulatoria finalizó con la creación mediante el Reglamento FRONTEX 2011 de los Equipos Europeos de Guardias de Frontera o *European Border Guard Teams* (EBGT, por sus siglas en inglés). La reforma facilitó la clarificación de las modalidades de cooperación operativa entre Estados miembros y la homogeneización de las estructuras organizativas de los guardias fronterizos desplegados en las mismas.

En primer lugar, las modalidades de cooperación operativa quedaron clasificadas en operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas, clasificación que se

---

<sup>1040</sup> Frontex, *RABIT 2010 Operational Plan*, Documento n.º 15965 de 29 de octubre de 2010.

<sup>1041</sup> Así se deduce de la engorrosa redacción del artículo 1 Reglamento FRONTEX 2007: «El presente Reglamento establece un mecanismo destinado a proporcionar durante un período limitado una *asistencia operativa rápida, en forma de equipos de intervención rápida* en las fronteras [en lo sucesivo, «equipo(s)»], al Estado miembro que lo solicite por encontrarse este ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intentan entrar ilegalmente en el territorio del Estado miembro».

mantiene en la actualidad. Mientras que las operaciones conjuntas existían desde el origen de la Agencia, las intervenciones fronterizas rápidas tenían como precedente inmediato a los equipos de intervención rápida (RABITs) creados en 2007<sup>1042</sup>. En segundo lugar, en cuanto a las estructuras organizativas de guardias fronterizos desplegados, los EBGT pasaron a actuar tanto en operaciones conjuntas como en intervenciones fronterizas rápidas<sup>1043</sup>.

Los Equipos Europeos de Agentes de la Guardia de Fronteras (EBGT) creados en 2011 supusieron un refuerzo de las competencias operativas de Frontex y un avance significativo hacia formas de integración más consistentes para afrontar la gestión integrada de las fronteras exteriores. En este sentido, es necesario tener en cuenta que la base competencial del Reglamento FRONTEX 2004 y su posterior modificación en 2007 cambió tras el Tratado de Lisboa, dando lugar a la sustitución de los artículos 62.2 a) y 66 del TCE por los artículos 74 y 77.2 b) y d) del TFUE en el Reglamento FRONTEX 2011<sup>1044</sup>. Ya dimos cuenta en el Capítulo II de las consecuencias de prever títulos habilitantes tan amplios como el del artículo 77.2 d) TFUE, el cual habilita al Parlamento y al Consejo para que, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adopten «cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores». Como sabemos, el precepto reproducido ha justificado el progresivo incremento de las competencias y funciones de Frontex desde la reforma de 2011 hasta la actual Agencia GEFC y, seguramente, justificará la asunción de más competencias en el futuro por parte de la Agencia. Este planteamiento quedó ya

---

<sup>1042</sup> De hecho, el título del artículo 8 bis del Reglamento FRONTEX 2004, modificado por el Reglamento FRONTEX 2007, titulado «Equipos de intervención rápida en las fronteras» fue sustituido en 2011 por «Intervenciones fronterizas rápidas», manteniéndose intacto el contenido.

<sup>1043</sup> Según el artículo 1 bis Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011) los «equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras» [son] a efectos de los artículos 3, 3 ter, 3 quater, 8 y 17, los equipos que se despliegan durante las operaciones conjuntas y los proyectos piloto; a efectos de los artículos 8 bis a 8 octies, los equipos que se despliegan para las intervenciones rápidas en las fronteras (intervenciones rápidas) en el sentido del Reglamento (CE) n.º 863/2007, y a efectos de las letras e bis) y g) del artículo 2, apartado 1, y del artículo 5, los equipos que se despliegan durante las operaciones conjuntas, los proyectos piloto y las intervenciones rápidas».

<sup>1044</sup> En virtud del artículo 62.2.a) TCE «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (...) medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan (...) las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras». Por su parte, el artículo 77.2 TFUE establece que «(...) el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a (...) b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; (...) d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

patente en el Considerando 7 del Reglamento FRONTEX 2011, que afirmó que «Un mayor refuerzo de las funciones de la Agencia responde al objetivo de la Unión de desarrollar una política en la perspectiva de la introducción gradual del concepto de la gestión integrada de las fronteras».

La creación de los EBGT fue la primera manifestación de las pretensiones integradoras que la Comisión había plasmado en su Comunicación de 2002 en relación con el Cuerpo Europeo de Guardia de Fronteras<sup>1045</sup>. De hecho, han sido catalogados por RIJPMa como «el germen» de los actuales Equipos Europeos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas<sup>1046</sup>.

### 2.3.2 Composición, despliegue, funciones y régimen de responsabilidad de los EBGT

Aunque en ambos casos se trataba de estructuras organizativas, la composición de los EBGT era más amplia que la de los RABITs dado que en los primeros, aún manteniéndose excluidos los guardias fronterizos del Estado miembro de acogida, a los contingentes nacionales desplegados por los Estados miembros participantes, se unían los guardias fronterizos en comisión de servicios desplegados en la Agencia por los Estados miembros como expertos nacionales<sup>1047</sup>. Es decir, desde 2011 «la Agencia trata de compensar la insuficiencia de las contribuciones de los Estados miembros (...) mediante el desarrollo y el uso de sus propias capacidades, en particular mediante la puesta en común y el despliegue de «miembros de equipos en comisión de servicios» como contribución propia a las actividades operativas»<sup>1048</sup>. Como acertadamente aclarara QUINDIMIL LÓPEZ, «ambas categorías [contingentes nacionales y guardias fronterizos en comisión de servicios en la Agencia] constituyen recursos humanos pertenecientes a los Estados, con la diferencia de que en el primer caso se aportan directamente a los equipos europeos, mientras que en el segundo caso se aportan a la Agencia, y esta es la que deriva

---

<sup>1045</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE» [COM (2002) 233 final, de 7 de mayo de 2002].

<sup>1046</sup> Jorrit RIJPMa, «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», cit., p. 11.

<sup>1047</sup> Así lo explicita el artículo 3 ter.3 Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011), conforme al cual «La Agencia contribuirá, asimismo, a los equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras con agentes de la guardia de fronteras competentes enviados en comisión de servicios por los Estados miembros como expertos nacionales (...)».

<sup>1048</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2018) 631 Final], p.5.

sus funciones a los equipos»<sup>1049</sup>. En definitiva, independientemente de si en el momento de ser desplegados estaban trabajando para sus propios Estados de origen o en comisión de servicio para la Agencia, se trataba de guardias fronterizos de los Estados miembros. No había personal de Frontex en los EBGT.

En cuanto al despliegue de los guardias fronterizos de los EBGT, dependía de si se trataba de una intervención fronteriza rápida o de una operación conjunta. En relación con las operaciones conjuntas, se estableció que «la contribución de los Estados miembros (...) para el año siguiente se planificará sobre la base de negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia y los Estados miembros»<sup>1050</sup>. Por su parte, en el caso de las intervenciones fronterizas rápidas era el consejo de administración de la Agencia quien decidía, por mayoría de tres cuartos, el número total y los perfiles de los agentes de la guardia de fronteras que debían ponerse a disposición de los equipos en un plazo de cinco días<sup>1051</sup>.

Como podemos observar, conforme a la regulación de 2011, la diferencia más importante entre operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas era, además de la capacidad de reacción de la Agencia ante una solicitud, el margen de decisión de los Estados miembros sobre el número de guardias desplegados<sup>1052</sup>. Mientras que en las operaciones conjuntas dependía de negociaciones anuales bilaterales, en las intervenciones fronterizas rápidas dependía exclusivamente del consejo de administración. Pese a esta aparente ventaja de las intervenciones fronterizas rápidas para imponer a los Estados miembros el despliegue de sus guardias fronterizos, durante la crisis de refugiados apenas se activó esta opción (salvo en una ocasión en 2015 en Grecia)<sup>1053</sup>. En la mayoría de los casos la cooperación operativa se producía por medio de operaciones conjuntas (*Tritón* en Italia, *Poseidón* en Grecia e *Indalo* y *Minerva* en España), lo cual provocaba que las contribuciones de los Estados miembros dependieran

---

<sup>1049</sup> Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, «La Unión Europea, Frontex y la seguridad en las fronteras marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 41, 2012, p. 95.

<sup>1050</sup> Artículo 3 ter.2 del Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011).

<sup>1051</sup> Artículo 8 ter. 1 del Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por Reglamento FRONTEX 2007).

<sup>1052</sup> Como apuntó la Comisión en su informe al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, Bruselas, 25.1.2017, COM (2017) 42 final, «a diferencia de las operaciones conjuntas previstas de antemano en un ciclo anual, un mecanismo de intervenciones fronterizas rápidas está concebido para responder a dificultades imprevistas en las fronteras exteriores», (p. 5).

<sup>1053</sup> Concretamente nos referimos a la *Poseidon Rapid Intervention 2015*, sobre la cual profundizaremos con posterioridad.

de acuerdos anuales en los que estos últimos tenían mucho más margen de negociación. A pesar de ello, por suerte, la cláusula introducida en 2007 que obligaba a los Estados miembros a desplegar los guardias fronterizos comprometidos «salvo que se enfrent[as]en a una situación excepcional que afect[as]e de manera sustancial a la ejecución de funciones nacionales» en 2011 se extendió también a las operaciones conjuntas<sup>1054</sup>.

Las funciones y competencias de los guardias fronterizos participantes en operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas, al igual que el régimen de responsabilidad, se mantuvieron iguales que en la regulación anterior, pero se añadió una cláusula relativa al respeto de los derechos fundamentales según la cual «en el ejercicio de sus funciones y competencias, los miembros de los equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras respetarán plenamente los derechos fundamentales, incluidos los procedimientos de acceso al asilo, y la dignidad humana» (artículo 3 ter Reglamento FRONTEX 2004, introducido por el Reglamento FRONTEX 2011).

### **3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MODALIDADES ACTUALES DE COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA**

El Reglamento GEFC 2019 establece dos modalidades o, en palabras de MUNGIANU, dos «formas de implementar los aspectos operativos de la gestión de las fronteras»<sup>1055</sup>: las operaciones conjuntas [artículo 36.2.a) y c) Reglamento GEFC 2019], previstas desde la regulación originaria de Frontex (artículo 3 Reglamento FRONTEX 2004), y las intervenciones fronterizas rápidas [artículo 36.2.b) Reglamento GEFC 2019], herederas de los Equipos de Intervención Rápida o RABITs, creados en 2007 a través del Reglamento FRONTEX 2007.

Conviene señalar que «los objetivos de una operación conjunta o una intervención fronteriza rápida podrán lograrse como parte de una operación polivalente que podría

---

<sup>1054</sup> Artículo 3 ter.2 Reglamento FRONTEX 2004 modificado por Reglamento FRONTEX 2011 (relativo a las operaciones conjuntas): «(...) De conformidad con dichos acuerdos, cuando la Agencia lo solicite, los Estados miembros pondrán a su disposición para su despliegue a los agentes de la guardia de fronteras, salvo en caso de que se enfrenten a una situación excepcional que afecte de manera sustancial a la ejecución de funciones nacionales. Dicha solicitud se realizará, como mínimo, con cuarenta y cinco días de antelación al despliegue previsto».

Artículo 8 ter.1 Reglamento FRONTEX 2004 modificado por Reglamento FRONTEX 2007 (relativo a las intervenciones rápidas): «Cuando la Agencia lo solicite, los Estados miembros pondrán a su disposición a los agentes de la guardia de fronteras para su despliegue, salvo en caso de que se enfrenten a una situación excepcional que afecte de manera sustancial a la ejecución de funciones nacionales».

<sup>1055</sup> Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: The international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 37.

conllevar funciones de guardacostas y la prevención de la delincuencia transfronteriza, en particular la lucha contra el tráfico ilegal de personas y la trata de seres humanos y la gestión de la migración, incluidos la identificación, registro, entrevista y el retorno» (artículo 37.4 Reglamento GEFC 2019). Esto último quiere decir que una misma modalidad de cooperación operativa puede conllevar la realización de actividades relativas a distintos ámbitos materiales. Por ejemplo, en la Operación conjunta *Poseidón* (desplegada actualmente en el Mediterráneo Oriental) se llevan a cabo actuaciones en materia de control fronterizo, búsqueda y salvamento, tráfico de armas, identificación de traficantes de personas, pesca ilegal, detección de contaminación marina, registro e identificación de personas, apoyo en operaciones de retorno, tráfico de drogas, detección de documentos fraudulentos y recolección de inteligencia en materia de redes criminales<sup>1056</sup>. No obstante, cabe mencionar que, en algunas ocasiones, los propios planes operativos de las operaciones reconocen específicamente la relevancia de las tareas de vigilancia, hasta el punto de que parecen constituir su único objetivo. Sirva como ejemplo el plan operativo de la Operación *Tritón*, en virtud del cual «la operación conjunta consiste en actividades de vigilancia en las fronteras marítimas, de acuerdo con los objetivos operativos, y dentro del área operativa determinada en (...)»<sup>1057</sup>.

En definitiva, se puede afirmar que, en la actualidad, la cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC está centrada esencialmente en la vigilancia fronteriza. Atendiendo a esta circunstancia, y dado el objeto de esta tesis, de ahora en adelante nos centraremos en los aspectos relativos a control fronterizo. En concreto, y como disponía el artículo 81.1.c) Reglamento GEFC 2016, nos centraremos esencialmente en «la puesta en práctica de la cooperación europea relativa a las funciones de vigilancia».

De acuerdo con lo indicado, las actuaciones principales realizadas en las cooperaciones operativas coordinadas por la Agencia GEFC son detectar embarcaciones sospechosas de traficar con personas, luchar contra la criminalidad transfronteriza, evitar los cruces no autorizados de fronteras y tomar medidas contra aquellas personas que han cruzado la frontera ilegalmente. De lo anterior se deriva que las operaciones conjuntas y las intervenciones fronterizas rápidas implican la detección e interceptación de personas,

---

<sup>1056</sup> Información disponible en: <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/main-operations/operation-poseidon-greece/> (Consultado por última vez el 08/03/2020).

<sup>1057</sup> Frontex (Operations Division/ Joint Operations Unit/ Sea Borders Sector), «Description of the tasks and specific instructions to guest officers and other participants (Rules of engagement)», *Specific Annex of the Operational Plan Joint Operation Triton 2015*, Doc. n° 2015/SBS/05, Varsovia, 23.05.2015, p. 11.

tanto en el territorio de los Estados miembros como fuera de él, siendo necesaria en algunos casos la cooperación de terceros Estados. Sin embargo, esta circunstancia provoca, como hemos podido comprobar en los Capítulos IV-VI, ciertas interferencias entre la ejecución del mandato del artículo 13 CFS 2016 y la normativa nacional, europea e internacional de protección de derechos humanos. Como advierte MORENO LAX, «el riesgo de violación de derechos humanos es consustancial a cualquier uso de la fuerza. Las medidas coercitivas, como la interceptación, son, por tanto, fuentes potenciales de vulneración de derechos humanos»<sup>1058</sup>. Sobre el binomio vigilancia fronteriza-derechos humanos en el ámbito de la cooperación operativa se profundizará en el próximo Capítulo.

Por último, merecen especial atención las operaciones de búsqueda y salvamento marítimo ya que, sin ser una modalidad específica de cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC, pueden tener lugar tanto en el seno de una operación conjunta como de una intervención fronteriza rápida. Así lo reconoce el artículo 36.2 Reglamento GEFC 2019 cuando dispone que «La Agencia (...) podrá, de conformidad con la legislación pertinente, tanto de la Unión como internacional, incluido el principio de no devolución, tomar una o varias de las siguientes medidas: e) (...) de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014 y el Derecho Internacional, prestar ayuda técnica y operativa a los Estados miembros y a terceros países, en apoyo de las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de fronteras en el mar». Recordemos, además, que todo capitán de buque tiene la obligación de asistir a las personas que se encuentren en peligro en el mar, de conformidad con el artículo 33 del Convenio SOLAS.

### 3.1 Los aspectos comunes a las operaciones conjuntas y las intervenciones fronterizas rápidas

#### 3.1.1 La puesta en marcha de la operación

Con vistas a su clasificación podría decirse que hay dos formas de poner en marcha una cooperación operativa en materia de vigilancia coordinada por la Agencia GEFC, independientemente de si se trata de una operación conjunta o una intervención fronteriza rápida. En primer lugar, estas modalidades de cooperación pueden iniciarse como consecuencia de una solicitud o petición de un Estado miembro que, de forma

---

<sup>1058</sup> Violeta MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe*, Oxford University Press, 2017, p. 187.

autónoma y voluntaria, considera que precisa de la asistencia de la Agencia, bien a través de una operación conjunta (artículo 37.1 Reglamento GEFC 2019), bien mediante una intervención fronteriza rápida (artículo 37.2 Reglamento GEFC 2019). En estos casos, el director ejecutivo de la Agencia es el encargado de evaluar, aprobar y coordinar las propuestas de los Estados miembros para iniciar las operaciones conjuntas o las intervenciones fronterizas rápidas [artículo 106.4.h) Reglamento GEFC 2019]. El comienzo deberá ir precedido de un análisis de riesgos por parte de la Agencia GEFC, de modo que esta última pueda fijar un orden de prioridades para las operaciones conjuntas y las intervenciones fronterizas rápidas propuestas (artículo 37.3 Reglamento GEFC 2019). Para ello tendrá en cuenta el nivel de impacto atribuido a las secciones de la frontera exterior de conformidad con el artículo 34<sup>1059</sup>.

En segundo lugar, la iniciación de la operación conjunta o intervención fronteriza rápida puede ser fruto de una recomendación de la Agencia GEFC que, en virtud de los resultados de un procedimiento de evaluación de la vulnerabilidad (artículo 32 Reglamento GEFC 2019) o cuando se atribuya un impacto crítico a una o varias zonas de la frontera exterior (artículo 34 Reglamento GEFC 2019), sugiere a un determinado Estado miembro que ponga en marcha una operación conjunta o intervención fronteriza rápida (artículo 41.1 Reglamento GEFC 2019). En este último escenario se plantean dos posibilidades: que el Estado miembro implicado acepte las recomendaciones de la Agencia, lo cual llevaría a la aplicación de lo que se podría denominar «el mecanismo pacífico» de intervención de la Agencia GEFC en la gestión de las fronteras exteriores de

---

<sup>1059</sup> El artículo 34 Reglamento GEFC 2019 regula uno de los aspectos más novedosos de esta norma. En virtud del mismo, «La Agencia, sobre la base de sus análisis de riesgos y de la evaluación de la vulnerabilidad, y de acuerdo con el Estado miembro interesado, atribuirá a cada una de las secciones de las fronteras exteriores uno de los siguientes niveles de impacto o modificará el nivel atribuido:

- a) nivel de impacto bajo, cuando los incidentes relacionados con la inmigración ilegal o la delincuencia transfronteriza que se produzcan en la sección de la frontera en cuestión tengan un impacto insignificante en la seguridad de las fronteras;
- b) nivel de impacto medio, cuando los incidentes (...) tengan un impacto moderado en la seguridad de las fronteras;
- c) nivel de impacto alto, cuando los incidentes (...) tengan un impacto significativo en la seguridad de las fronteras».

Por otra parte, su apartado segundo dispone que «A fin de abordar rápidamente una situación de crisis en una sección de la frontera exterior determinada, cuando el análisis de riesgos de la Agencia muestre que los incidentes relacionados con la inmigración ilegal o la delincuencia transfronteriza que se produzcan en la sección de la frontera exterior en cuestión tengan un impacto decisivo en la seguridad de las fronteras que pueda poner en peligro el funcionamiento del Espacio Schengen, la Agencia atribuirá temporalmente a dicha sección de la frontera exterior un nivel de impacto "crítico", de acuerdo con el Estado miembro afectado». Este precepto será objeto de un análisis más detallado en el Capítulo IX.



un Estado<sup>1060</sup>, o que el Estado miembro se niegue a cooperar, lo cual llevaría al ejercicio del denominado «derecho de intervención» de la Agencia GEFC en las fronteras exteriores de un Estado miembro en virtud de una decisión del Consejo (artículo 42 Reglamento GEFC 2019).

Dado que el denominado «derecho de intervención» se analizará pormenorizadamente en otro Capítulo de la tesis (Capítulo IX), a continuación nos centraremos en las operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas iniciadas a solicitud de los Estados miembros. Baste ahora con señalar que el «derecho de intervención» nace cuando el control de las fronteras exteriores de un Estado se vuelve tan ineficaz que pone en peligro el funcionamiento del Espacio Schengen (artículo 42 Reglamento GEFC 2019). Como consecuencia, el Estado miembro debe aplicar un acto de ejecución del Consejo en el que se fijan las medidas que debe adoptar (entre otras, operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas), en colaboración con la Agencia GEFC, para subsanar la ineficiente gestión de sus fronteras, so pena de quedar excluido del Espacio Schengen por el restablecimiento de controles fronterizos de sus Estados miembros vecinos por recomendación del Consejo (artículo 29 CFS 2016).

A título meramente explicativo conviene recordar en este momento que, independientemente de si la modalidad concreta de cooperación se ha producido de forma voluntaria o mediante una «intervención» de la Agencia, el «Estado miembro de acogida» es aquel en cuyo territorio tiene lugar una operación conjunta o una intervención fronteriza rápida o a partir del cual se inicia esa operación conjunta o esa intervención fronteriza rápida (artículo 2, punto 20, Reglamento GEFC 2019)<sup>1061</sup>. Por el contrario, un «Estado miembro participante» es aquel que participa en una operación conjunta o en una intervención fronteriza rápida facilitando equipos técnicos, guardias de fronteras y demás personal para el cuerpo permanente de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, sin ser el Estado miembro de acogida (artículo 2, punto 22, Reglamento GEFC 2019)<sup>1062</sup>.

### 3.1.2 El Plan Operativo

---

<sup>1060</sup> En estos casos, la recomendación de la Agencia se transforma, *de facto*, en una solicitud del Estado miembro en cuestión. Es decir, serían de aplicación los artículos 37.1 (operaciones conjuntas) y 37.2 (intervenciones fronterizas rápidas) del Reglamento GEFC 2019.

<sup>1061</sup> Por ejemplo, en el caso de *Poseidón 2015*, el Estado miembro de acogida de la operación conjunta era Grecia.

<sup>1062</sup> Continuando con el ejemplo de *Poseidón 2015*, los Estados participantes fueron: Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Letonia, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia y Reino Unido.

### a) Finalidad y estructura

El plan operativo «cubre todos los elementos necesarios para una adecuada y oportuna organización de la operación coordinada por Frontex, es decir, los aspectos técnicos y organizativos más relevantes de las operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas»<sup>1063</sup>. Tal y como dispone el artículo 38.2 Reglamento GEFC 2019, dicho documento es redactado por el director ejecutivo de acuerdo con el Estado miembro de acogida de la operación en cuestión. Por su parte, los Estados miembros participantes en la operación tienen un rol meramente consultivo en la preparación del mismo<sup>1064</sup>. Una vez concluido, el plan operativo deberá ser objeto de supervisión por el Agente de Derechos Fundamentales [artículo 109.2 e) Reglamento GEFC 2019]<sup>1065</sup>.

La estructura del plan operativo comprende una «Parte Principal», un «Anexo General» y varios Anexos Específicos. La Parte Principal contiene, entre otros elementos, una descripción general de la situación<sup>1066</sup>; los objetivos operativos del despliegue<sup>1067</sup>;

---

<sup>1063</sup> Frontex / Operations Division/ Joint Operation Unit/ Sea Sector Border, *Operational Plan (Main Part) Poseidon Sea 2015*, Doc. n° 2015/SBS/07, Varsovia, 15 de enero de 2015, p. 5.

<sup>1064</sup> No obstante, debe destacarse que en el Reglamento GEFC 2019 se ha enfatizado, en cierta forma, el rol de los Estados miembros participantes con respecto a lo dispuesto en la regulación anterior. Mientras que el Reglamento GEFC 2016 establecía que el plan operativo lo acordarían el director ejecutivo y el Estado miembro de acogida «previa consulta a los Estados miembros participantes», actualmente el mismo precepto dispone que el plan operativo será acordado «en estrecha y oportuna consulta con los Estados miembros participantes».

<sup>1065</sup> De conformidad con el artículo 109.1 Reglamento GEFC 2019, el Agente de derechos fundamentales es designado por el consejo de administración de la Agencia. Entre sus funciones destacan (artículo 109.2):

- «b) supervisar el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de la Agencia, también mediante la realización de investigaciones sobre cualquiera de sus actividades;
- c) promover el respeto de los derechos fundamentales por parte de la Agencia;
- g) realizar visitas in situ a operaciones conjuntas, intervenciones fronterizas rápidas, proyectos piloto, el despliegue de un equipo de apoyo a la gestión de la migración, operaciones de retorno o intervenciones de retorno, incluso en terceros países;
- i) informar al director ejecutivo de posibles violaciones de los derechos fundamentales durante las actividades de la Agencia»

<sup>1066</sup> Por ejemplo, en el caso del Plan Operativo de la operación conjunta *Poseidón 2015*, se realizaba una pormenorizada descripción de las circunstancias que habían llevado al lanzamiento de la cooperación operativa. Según el documento, en 2014 un total de 41.300 migrantes irregulares fueron interceptados en las fronteras marítimas griegas, suponiendo un incremento del 300% respecto al año anterior. Al mismo tiempo, el número de migrantes interceptados en la frontera terrestre greco-búlgara había descendido un 42%. Esto implicaba que los flujos habían cambiado su dirección, mostrando su preferencia por la ruta marítima. Esta circunstancia fue el elemento esencial valorado para iniciar la operación [Frontex/ Operations Division/ Joint Operation Unit/ Sea Sector Border, *Operational Plan (Main Part) Poseidon Sea 2015*, cit., p. 5].

<sup>1067</sup> Continuando con el ejemplo de *Poseidón 2015*, entre los objetivos de la operación se destacaban, entre otros, reforzar la seguridad fronteriza; contribuir a la búsqueda y rescate de personas en peligro en el mar; reforzar la cooperación operativa y prestar apoyo a las autoridades griegas en la vigilancia fronteriza de las fronteras marítimas [Frontex/ Operations Division/ Joint Operation Unit/ Sea Sector Border, *Operational Plan (Main Part) Poseidon Sea 2015*, cit., p. 6].

detalles de la implementación, tales como la duración prevista de la operación<sup>1068</sup> o la zona geográfica donde se va a desarrollar<sup>1069</sup> y las formas de cooperación con terceros Estados, otras Agencias u Organizaciones Internacionales. No obstante, cada uno de los elementos que constituyen la Parte Principal vienen desarrollados pormenorizadamente y ampliados en los Anexos Específicos, los cuales se encuentran divididos temáticamente siguiendo la estructura de la Parte Principal. Por ejemplo, en relación con la implementación, en los Anexos Específicos se suele hacer referencia a los guardias de fronteras del Estado miembro de acogida que constituyen el «mando de la operación»<sup>1070</sup>; la descripción de las funciones, responsabilidades e instrucciones que deben seguir los miembros de los equipos desplegados<sup>1071</sup> o las armas de servicio y la munición que estos últimos pueden portar en el Estado miembro de acogida<sup>1072</sup>. Por último, en el Anexo General encontramos disposiciones relativas al marco jurídico común aplicable a todas las modalidades de cooperación operativa, como por ejemplo el Código de conducta de los guardias fronterizos.

Conviene señalar que, mientras el Anexo General es fácilmente accesible, la Parte Principal y los Anexos Específicos tienen contenidos catalogados como «información clasificada» conforme al artículo 4.1 a) del Reglamento n.º 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. El citado precepto dispone que «las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: a) el interés público, por lo que respecta a: la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro».

Por último, cabe destacar la naturaleza vinculante del plan operativo para la Agencia GEFC, para el Estado miembro de acogida y para los Estados miembros

---

<sup>1068</sup> De acuerdo con el plan operativo, en el caso de *Poseidón 2015*, la coordinación operativa se desarrolló entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de 2015.

<sup>1069</sup> Dada la sensibilidad de la información relativa a las áreas donde se desarrolló la operación, esta parte del plan operativo se mantiene clasificada en virtud del artículo 4.1.a) del Reglamento n.º 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

<sup>1070</sup> *Ibidem*.

<sup>1071</sup> *Ibidem*.

<sup>1072</sup> Como veremos con posterioridad más detalladamente, el artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019 dispone que «El Estado miembro de acogida informará a la Agencia, con antelación al despliegue de los miembros de los equipos, de las armas reglamentarias, la munición y el equipamiento admisibles y de las condiciones en que está autorizado su empleo. La Agencia pondrá esa información a disposición de los Estados miembros».

participantes (artículo 38.3 Reglamento GEFC 2019). Ello reduce la discrecionalidad de la que gozan estos últimos cuando ejecutan autónomamente el mandato del artículo 13 del CFS 2016. El carácter vinculante del plan operativo fue una novedad introducida por el Reglamento GEFC 2016 (artículo 16.3), motivada por el pronunciamiento del TJUE en su Sentencia *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, de 5 de septiembre de 2012, que afirmó que «deben cumplirse las condiciones previstas por dicho plan [plan operativo]» (ap. 82)<sup>1073</sup>.

*b) Especial referencia a los planes operativos de las operaciones marítimas*

El artículo 38.3.j) Reglamento GEFC 2019 presta especial atención al plan operativo de las operaciones conjuntas desarrolladas en la frontera marítima, el cual debe contener «información específica sobre la jurisdicción correspondiente y el Derecho aplicable en la zona geográfica donde tenga lugar la operación conjunta, incluidas referencias al Derecho nacional, internacional y de la Unión sobre intercepción, salvamento marítimo y desembarque; en este sentido, el plan operativo debe elaborarse de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014». Como sabemos, este último Reglamento establece las normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC, lo cual constituye una ventaja respecto a la vigilancia fronteriza llevada a cabo por los Estados miembros en sus respectivas secciones de frontera. Concretamente, porque la mera existencia de un régimen jurídico en materia de vigilancia marítima dota a las operaciones coordinadas por la Agencia GEFC de una seguridad jurídica y de una apariencia de buen derecho que contrasta enormemente con la falta de regulación que gobierna las operaciones de vigilancia llevadas a cabo por los Estados miembros autónomamente, tal y como se pudo apreciar en los Capítulos IV y V. Dado que el mismo será objeto de análisis pormenorizado en el siguiente Capítulo, baste ahora con señalar que, respecto a

---

<sup>1073</sup> Como se ha anticipado en otros Capítulos, la STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, as. C-355/10, trajo causa del recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra la Decisión del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. Dicha Decisión fue anulada por considerar el TJUE que, al haber provocado la modificación de aspectos esenciales de la vigilancia fronteriza y haber afectado a los derechos humanos de las personas implicadas, no debía haberse adoptado de conformidad con el procedimiento de comitología, como de hecho sucedió, sino por la vía del procedimiento legislativo ordinario. Su anulación provocó su sustitución por el actual Reglamento Vigilancia Marítima. Ambos instrumentos normativos serán analizados en el Capítulo VIII.

los planes operativos, el Reglamento Vigilancia Marítima dispone que estos últimos deben contener los procedimientos para garantizar que se identifique a las personas que necesiten protección internacional, a las víctimas de trata de seres humanos, a los menores no acompañados y a otras personas vulnerables; las medidas que se deben adoptar en situaciones de búsqueda y salvamento (artículo 9 Reglamento Vigilancia Marítima), así como las modalidades de desembarco existentes, dependiendo de si el rescate o la interceptación se han producido en el mar territorial, en la zona contigua o en alta mar (artículo 10 Reglamento Vigilancia Marítima).

### 3.1.3 La suspensión o conclusión de las operaciones

La suspensión o conclusión de las operaciones conjuntas o intervenciones fronterizas rápidas es una decisión que corresponde tomar a la Agencia GEFC a través de su director ejecutivo. Las causas contempladas en el artículo 46 Reglamento GEFC 2019 son variadas. La primera de ellas es que el director considere, de oficio y tras informar al Estado miembro de acogida, que ya no se dan las condiciones necesarias para continuar la cooperación operativa (artículo 46, apartado 1, Reglamento GEFC 2019). En segundo lugar, la decisión puede venir motivada por la solicitud de suspensión o terminación de la operación por parte de uno de los Estados miembros participantes (artículo 46, apartado 2, Reglamento GEFC 2019). Por último, también existen causas de conclusión o suspensión de carácter «rescisorio» tales como la falta de seguimiento del plan operativo por parte del Estado miembro de acogida (artículo 46, apartado 3, GEFC 2019) o que en el seno de la operación se estén «produciendo violaciones de derechos fundamentales o de obligaciones de protección internacional graves o que es probable que persistan» (artículo 46, apartado 4, Reglamento GEFC 2019). En estos dos últimos casos, además de la suspensión o conclusión, la regulación permite la retirada de financiación de la operación por parte de la Agencia GEFC<sup>1074</sup>, sin perjuicio de otras posibles consecuencias en otros ámbitos<sup>1075</sup>.

---

<sup>1074</sup> De acuerdo con el artículo 46.6 Reglamento GEFC 2019, la suspensión o conclusión de la cooperación operativa de carácter rescisorio (apartados 4 y 5) deberá estar debidamente justificada. Para ello, «el director ejecutivo tendrá en cuenta la información pertinente, como el número y el fondo de las denuncias registradas que no hayan sido resueltas por una autoridad nacional competente, los informes de incidentes graves, y los informes de los agentes de coordinación y de otras organizaciones internacionales e instituciones, órganos y organismos de la Unión competentes en los ámbitos regulados por el presente Reglamento».

<sup>1075</sup> Aunque el precepto no lo explicita, cabe la posibilidad de que el legislador se refiera a la posible iniciación de recursos por incumplimiento del Derecho de la Unión contra el Estado miembro infractor o a la activación del mecanismo de alerta por vulneración de derechos fundamentales.

### 3.2 Particularidades de las operaciones conjuntas

En virtud del artículo 37.1 Reglamento GEFC 2019, «Un Estado miembro podrá pedir a la Agencia que inicie operaciones conjuntas para hacer frente a los retos venideros, como la migración ilegal, las amenazas actuales y futuras en las fronteras exteriores o la delincuencia transfronteriza, o que le preste una mayor asistencia técnica y operativa para el cumplimiento de sus obligaciones de control de las fronteras exteriores»<sup>1076</sup>. Con el fin de preparar la operación conjunta, el director ejecutivo de la Agencia GEFC, con la colaboración del Estado miembro de acogida, elaborará una lista que incluirá los equipos técnicos (patrulleras, helicópteros, etc.) y el personal necesario en función de los recursos disponibles del Estado miembro de acogida (artículo 38.1 Reglamento GEFC 2019). En la actualidad, y como ya hemos indicado, hay operaciones conjuntas desplegadas tanto en la frontera marítima [*Poseidón* (Grecia), *Themis* (Italia) e *Indalo* (España)] como en la frontera terrestre [*Western Balkans Operations* (Albania)]. Como también hemos mencionado anteriormente, estas operaciones tienen una naturaleza polivalente, ya que abordan aspectos de distinta naturaleza relativos a la gestión de las fronteras exteriores.

Pese a que el Reglamento GEFC 2019 no realiza ninguna indicación específica al respecto, una lectura sistemática del mismo permite deducir que la petición y programación de las operaciones conjuntas se realiza con cierta antelación, al menos de un año. Así, en virtud del artículo 102.1 Reglamento GEFC 2019, cada año, el consejo de administración debe adoptar un documento de programación que contenga tanto la programación plurianual de la Agencia GEFC como la programación anual para el año siguiente. En este último se concretan las actividades que se financiarán y los recursos financieros y humanos asignados a cada una de ellas (artículo 102.5 Reglamento GEFC 2019). Entre dichas actividades se encuentran las operaciones conjuntas que se van a iniciar o prorrogar al año siguiente. Por ejemplo, en el *Programming Document 2018 – 2020*, se preveía la prórroga de las operaciones *Tritón*, *Poseidón*, *Indalo* o *Minerva* entre otras<sup>1077</sup>.

---

<sup>1076</sup> La finalidad de las operaciones conjuntas en el Reglamento GEFC 2019, heredada de su predecesor, parece mucho más acertada, por su claridad y concreción, que la definición dada por la regulación primigenia, la cual se limitaba a establecer que «La Agencia examinará, aprobará y coordinará las propuestas de operaciones conjuntas y proyectos piloto presentadas por los Estados miembros, incluidas las solicitudes de los Estados miembros relacionadas con situaciones que exijan una asistencia operativa y técnica reforzada, especialmente en casos de presiones específicas y desproporcionadas» [artículo 3.1 Reglamento FRONTEX 2004 (modificado por el Reglamento FRONTEX 2011)].

<sup>1077</sup> Frontex, *Programming Document 2018 – 2020*, Reg. n.º 29062, Varsovia, 10 de diciembre de 2017, p. 232 y ss.

Las operaciones conjuntas presentan la particularidad, respecto a otras formas de cooperación operativa, de que en las mismas pueden participar terceros Estados. Así, el artículo 36.2 c) Reglamento GEFC 2019 establece que «La Agencia organizará la asistencia técnica y operativa necesaria para el Estado miembro de acogida y podrá, de conformidad con el Derecho de la Unión e internacional aplicables, incluido el principio de no devolución, (...) c) coordinar actividades para uno o varios Estados miembros y terceros países en las fronteras exteriores, incluidas operaciones conjuntas con terceros países». Por su parte, el artículo 73 del Reglamento GEFC 2019 establece dos vías para canalizar la cooperación con terceros Estados: por medio de acuerdos de trabajo entre la Agencia y el tercer Estado y a través de los denominados acuerdos sobre estatuto entre la Unión Europea y terceros Estados. Dado que los mismos serán objeto de análisis en el siguiente Capítulo, baste ahora con señalar que los primeros tienen una finalidad más vinculada con la gestión de la cooperación operativa (intercambio de información, análisis de riesgos, formación de personal, etc.) y los segundos con el ejercicio de competencias ejecutivas en materia de vigilancia en el territorio de un tercer Estado.

### 3.3 Particularidades de las intervenciones fronterizas rápidas

En virtud del artículo 37.2 Reglamento GEFC 2019, «a solicitud de un Estado miembro que se encuentre ante una situación de retos concretos y desproporcionados, en particular, la llegada a determinados puntos de sus fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que tratan de entrar sin autorización en el territorio de ese Estado miembro, la Agencia podrá desplegar, durante un período limitado de tiempo, una intervención fronteriza rápida en el territorio de dicho Estado miembro de acogida».

Herederas de los RABITs introducidos por el Reglamento FRONTEX 2007<sup>1078</sup>, algunos de los rasgos que caracterizan las intervenciones fronterizas rápidas son el fortalecimiento de «la capacidad [de un determinado Estado miembro] para hacer frente a situaciones migratorias excepcionales en un breve lapso de tiempo»<sup>1079</sup> y el ofrecimiento de «apoyo en situaciones (...) en las que una intervención de este tipo

---

<sup>1078</sup> El artículo 8 bis del Reglamento FRONTEX 2004 (introducido por el Reglamento FRONTEX 2007) disponía que, «De conformidad con el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 863/2007, la Agencia podrá desplegar, durante un período limitado, uno o varios equipos de intervención rápida en las fronteras [en lo sucesivo, «equipo(s)»] en el territorio del Estado miembro que lo solicite, durante el plazo de tiempo adecuado, por encontrarse este ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intenten entrar ilegalmente en el territorio de ese Estado miembro».

<sup>1079</sup> Carolina SOLER GARCÍA, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un nuevo avance respecto a Frontex?», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 34, 2017, pp. 23 y 24.

supondría una respuesta efectiva»<sup>1080</sup>. De hecho, el procedimiento para el inicio de una intervención fronteriza rápida se ha configurado siguiendo esa línea de celeridad e inmediatez. En este sentido, el director ejecutivo de la Agencia GEFC, tras evaluar el nivel impacto de las fronteras de dicho Estado, las conclusiones de su análisis de vulnerabilidad y las posibilidades de reasignación de los miembros de los equipos presentes en otras operaciones, tomará una decisión sobre la solicitud de iniciar una intervención fronteriza rápida en un plazo de dos días hábiles a partir de la fecha en la que se reciba la petición<sup>1081</sup>. En caso de que la respuesta sea positiva, el director ejecutivo y el Estado miembro de acogida redactarán un plan operativo en un plazo de tres días hábiles a partir de la fecha de la decisión (artículo 39.8 Reglamento GEFC 2019). Como podemos observar, los escuetos plazos que caracterizan las intervenciones fronterizas rápidas contrastan con la previsión anual o plurianual de las operaciones conjuntas a los que hacíamos referencia en el párrafo anterior<sup>1082</sup>.

La única intervención fronteriza rápida llevada a cabo hasta el momento ha sido la Intervención Fronteriza Rápida *Poseidón 2015*<sup>1083</sup>. Las actividades operativas se llevaron a cabo en la frontera exterior marítima de Grecia entre el 28 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016, coincidiendo su inicio con el final de la Operación Conjunta *Poseidón 2015* (el 27 de diciembre de 2015) y su finalización con el inicio de la Operación Conjunta *Poseidón 2016* (el 1 de junio de 2016)<sup>1084</sup>. Pese a la vigencia de la Operación Conjunta *Poseidón* en 2015, en ese año se contabilizaron 856.723 llegadas de nacionales de terceros países, principalmente sirios, a las costas griegas<sup>1085</sup>. Ello motivó

---

<sup>1080</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 2007/2004, el Reglamento (CE) n.º 863/2007 y la Decisión 2005/267/CE [COM (2015) 671 final], p. 16.

<sup>1081</sup> Artículo 39 Reglamento GEFC 2019, apartados 1-5.

<sup>1082</sup> En definitiva, como señaló la Comisión en su informe al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, Bruselas, 25.1.2017 [COM (2017) 42 final], p. 5, «a diferencia de las operaciones conjuntas previstas de antemano en un ciclo anual, un mecanismo de intervenciones fronterizas rápidas está concebido para responder a dificultades imprevistas en las fronteras exteriores».

<sup>1083</sup> Recientemente, Grecia ha solicitado a la Agencia el lanzamiento de una nueva intervención fronteriza rápida para aliviar la presión migratoria procedente de Turquía. La solicitud fue aprobada por la Agencia en marzo de 2020, tras lo cual se procedería a la aprobación del plan operativo y requerir a los Estados miembros la aportación de contingentes nacionales [Información disponible en: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news-release/frontex-to-launch-rapid-border-intervention-at-greece-s-external-borders-NL8HaC> (Consultado por última vez el 23/07/2020)].

<sup>1084</sup> Frontex, *Annual report on the practical application of regulation EU No 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex*, Brussels, 25 July 2017 [Doc. 11501/17, FRONT 342, COMIX 553].

<sup>1085</sup> ACNUR, *Refugees and migrants sea arrivals in Europe*, diciembre de 2016, p. 1.



que el 3 de diciembre de 2015 las autoridades griegas solicitaran a Frontex el lanzamiento de la intervención fronteriza rápida.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría decirse que otro de los rasgos que diferencian las intervenciones fronterizas de las operaciones conjuntas es la concreción de su finalidad. Mientras que las primeras, como hemos señalado, pueden hacer frente a diversos retos (pesca ilegal, contrabando de drogas, control fronterizo, tráfico de personas, etc.), las intervenciones fronterizas rápidas tienen un objetivo más específico: asistir a un Estado miembro que se enfrente a la llegada de un gran número de nacionales de terceros países a sus fronteras exteriores. Es decir, mientras las primeras pueden tener una naturaleza polivalente y multisectorial, las segundas, aun pudiendo ser también polivalentes, están centradas en funciones de control fronterizo en el sentido definido por el CFS 2016. En concreto, la intervención fronteriza rápida puso mayor énfasis en los controles de seguridad (registros y huellas dactilares)<sup>1086</sup>. Teniendo presente esta diferencia, parece lógico que la Operación conjunta *Poseidón* fuera transformada en una intervención fronteriza rápida, instrumento más idóneo para hacer frente a una presión migratoria desproporcionada según la literalidad del entonces vigente Reglamento FRONTEX 2004 (modificado en 2011) y del actual Reglamento GEFC 2019. Esta tesis se ve reforzada por el hecho de que, una vez se redujo la presión migratoria, la intervención fronteriza rápida volvió a convertirse en una Operación conjunta (*Poseidón* 2016)<sup>1087</sup>.

### 3.4 Las operaciones de búsqueda y salvamento (SAR)

Pese a su categorización como modalidad de cooperación operativa en este Capítulo, lo cierto es que las operaciones de búsqueda y salvamento nunca han formado parte de las tareas encomendadas específicamente a la Agencia en su regulación. No obstante, e inevitablemente, desde su nacimiento Frontex se ha visto envuelta en operaciones de esta naturaleza debido a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión e Internacional vigentes<sup>1088</sup>. Por ello, el Reglamento FRONTEX 2011 reformuló

---

<sup>1086</sup> «Frontex and Greece agree on operational plan for Poseidon Rapid Intervention» [Disponible en: <https://reliefweb.int/report/greece/frontex-and-greece-agree-operational-plan-poseidon-rapid-intervention> (Consultado por última vez el 09/03/2020)].

<sup>1087</sup> De acuerdo con la OIM, mientras que el número de llegadas durante el despliegue de la intervención fronteriza rápida (enero-mayo de 2016) fue de 156.823 personas, la cifra se redujo a 16.791 entre junio de 2016 y enero de 2017, periodo en el cual estuvo vigente la Operación Conjunta Poseidón 2016 [Información disponible en: <http://migration.iom.int/europe?type=arrivals> (Consultado por última vez el 09/03/2020)].

<sup>1088</sup> Así se refleja en el preámbulo del Reglamento Vigilancia Marítima, conforme al cual «Los Estados miembros deben cumplir la obligación de prestar auxilio a personas en peligro, de conformidad con las

una de las funciones encomendadas a la Agencia quedando redactada de la siguiente forma: «asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores, *teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo*» [artículo 2.1.d) bis Reglamento FRONTEX 2011]. Es decir, sin ser una función específica de la Agencia, las operaciones de búsqueda y salvamento se convirtieron en una consecuencia derivada de la cooperación operativa en el ámbito de la vigilancia fronteriza marítima a través de operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas<sup>1089</sup>. Eso sí, la Agencia no se ha erigido como un centro de coordinación de misiones de rescate, lo cual corresponde a los centros nacionales, simplemente ayuda a los Estados miembros que requieren su asistencia<sup>1090</sup>.

Consciente de esta inevitable asociación entre vigilancia y salvamento marítimo, el legislador de la Unión Europea prestó especial atención a este binomio en el Reglamento Vigilancia Marítima<sup>1091</sup>. Por ejemplo, esta norma impone que los planes operativos concreten tanto los procedimientos relativos a la identificación y comunicación a las autoridades competentes en los casos de incertidumbre, alerta y peligro de personas o buques en el mar (artículo 9 Reglamento Vigilancia Marítima), como las modalidades de desembarco de las personas rescatadas (artículo 10 Reglamento

---

disposiciones aplicables de los instrumentos internacionales que regulan las situaciones de búsqueda y salvamento, y de acuerdo con los requisitos relativos a la protección de los derechos fundamentales. (...)» (Considerando 15 Reglamento Vigilancia Marítima).

Tal y como se expuso en el Capítulo VI, el Derecho Internacional también impone la obligación de prestar auxilio a las personas que se encuentren en situación de peligro en el mar. Concretamente, el artículo 98.1 CNUDM establece que «Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros: a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar; b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo (...)». Por su parte, la regla 33 del Convenio SOLAS dispone que «El capitán de un buque que, estando en el mar, en condiciones de prestar ayuda, reciba información de la fuente que sea, que le indique que hay personas en peligro en el mar, está obligado a acudir a toda máquina a su auxilio, informando de ello, si es posible, a dichas personas o al servicio de búsqueda y salvamento».

<sup>1089</sup> Así lo entendió el Considerando 14 del preámbulo del Reglamento Vigilancia Marítima, al reconocer expresamente que «Durante las operaciones de vigilancia marítima de fronteras, pueden presentarse situaciones en las que sea necesario prestar auxilio a personas en peligro».

<sup>1090</sup> Así lo manifestó el exdirector ejecutivo de la Agencia, Gil ARIAS FERNÁNDEZ, según el cual «Ahora mismo no hay ningún organismo europeo que se dedique a coordinar una operación de salvamento. Esto depende de las autoridades competentes de cada país (...). No es misión de Frontex sustituir a los países de la Unión». Entrevista al director de Frontex para eldiario.es [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/Gil-Arias-UE-Frontex-salvamento\\_0\\_358014543.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Gil-Arias-UE-Frontex-salvamento_0_358014543.html) (Consultado por última vez el 09/03/2020)].

<sup>1091</sup> Sobre la competencia implícita de la Unión Europea en materia de salvamento nos remitimos al Capítulo II.

Vigilancia Marítima). No obstante, el Reglamento Vigilancia Marítima sigue manteniendo la teoría de que las operaciones de búsqueda y rescate son una consecuencia de la asistencia técnica y operativa prestada por la Agencia GEFC en materia de vigilancia marítima, no su función principal. En este sentido, el artículo 9.3 Reglamento Vigilancia Marítima dispone que «Una vez que haya concluido la situación de búsqueda y salvamento, la unidad participante reanudará la operación marítima tras consultar al Centro de Coordinación Internacional», lo que confirma el carácter excepcional que se otorga a este tipo de actuaciones.

Las disposiciones del Reglamento Vigilancia Marítima relativas a salvamento marítimo se pusieron en práctica por primera vez en el seno de la Operación conjunta *Tritón*, acogida por el Italia desde noviembre de 2014. Pese a que en una entrevista a eldiario.es publicada el 18 de febrero de 2015 Gil ARIAS (director ejecutivo de Frontex en dicho momento) explicara que el objetivo de la Agencia de la Unión Europea no era «el salvamento de vidas humanas» sino «la detección de personas indocumentadas»<sup>1092</sup>, lo cierto es que desde 2015 hasta la actualidad *Tritón* y su sustituta *Themis* han salvado a más 263.279 personas en el Mar Mediterráneo<sup>1093</sup>. De hecho, el plan operativo de la Operación *Tritón* 2014 disponía que las actividades puestas en marcha incluían el despliegue de recursos técnicos y humanos con la finalidad de «asistir a las autoridades italianas en actividades de vigilancia en las fronteras marítimas» y «contribuir a las labores de búsqueda y rescate para asistir a personas en peligro», entre otras funciones<sup>1094</sup>.

El Reglamento GEFC 2019 ha continuado la senda del incremento progresivo del protagonismo otorgado a las operaciones SAR en la actividad de Frontex. De hecho, de su preámbulo se puede deducir una cierta emancipación de las operaciones SAR respecto a las operaciones conjuntas y las intervenciones fronterizas rápidas. Así lo demuestran los Considerandos 3 y 47 del Reglamento GEFC 2019. De acuerdo con el primero de ellos, una de las funciones claves de la Agencia es prestar asistencia técnica y operativa para ayudar en las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el

---

<sup>1092</sup> Entrevista al director de Frontex para eldiario.es [Disponible en: [https://www.eldiario.es/desalambre/Gil-Arias-UE-Frontex-salvamento\\_0\\_358014543.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Gil-Arias-UE-Frontex-salvamento_0_358014543.html) (Consultado por última vez el 09/03/2020)].

<sup>1093</sup> Consejo de la Unión Europea, *Infografía - Operaciones de la Unión Europea en el Mediterráneo de 2015 a 2019* [Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/saving-lives-sea-february-2018/> (Consultado por última vez el 09/03/2020)].

<sup>1094</sup> Frontex, Operations Division/ Joint Operations Unit/ Sea Borders Sector, *Operational Plan (Main Part) Joint Operation Triton 2014*, Doc. n° 2014/SBS/09, Varsovia, 22 de octubre de 2014, p. 7.

mar. Por su parte, el Considerando 47 Reglamento GEFC 2019 anuda a la determinación del nivel de impacto de una determinada sección de fronteras consecuencias concretas en materia de salvamento marítimo, sin ligarlo a la vigilancia fronteriza<sup>1095</sup>. Esta misma línea ha seguido el legislador europeo en el articulado de la norma, donde las operaciones SAR se han erigido como uno de los elementos que integran la gestión integrada de las fronteras, concepto en torno a la cual gira el artículo 77 TFUE pero que no había sido definido hasta el Reglamento GEFC 2016. De esta forma, el artículo 3.1.b) Reglamento GEFC 2019 dispone que la gestión europea integrada de las fronteras incluye las «operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar, lanzadas y realizadas de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo y con el Derecho Internacional, (...)». El aumento del protagonismo de las operaciones SAR concuerda también con la transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Con la entrada en escena de los guardacostas nacionales, penetran en la Agencia «una gran variedad de tareas (...), [entre otras], la búsqueda y salvamento marítimos» (Considerando 54 Reglamento GEFC 2019). Pese a todo lo anterior, en el articulado del Reglamento GEFC 2019 seguimos detectando ciertas reminiscencias de unas operaciones SAR vinculadas estrictamente a la vigilancia. De hecho, entre las funciones de la Agencia GEFC encontramos «prestar ayuda técnica y operativa a los Estados miembros y a terceros países, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014 y el Derecho Internacional, para apoyar las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar *que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas*» [artículo 10.1 i) Reglamento GEFC 2019]<sup>1096</sup>.

---

<sup>1095</sup> Concretamente, el mencionado precepto dispone que «Cuando se asigne un nivel de impacto elevado o crítico a una sección de la frontera marítima debido a un aumento de la inmigración ilegal, los Estados miembros afectados deben tener en cuenta este aumento a efectos de la planificación y la realización de las operaciones de búsqueda y salvamento, pues tal situación puede generar un aumento de la demanda de asistencia a personas en peligro en el mar» (Considerando 47 Reglamento GEFC 2019).

<sup>1096</sup> En el mismo sentido los apartados g) y h) del artículo 10 Reglamento GEFC 2019 disponen que «La Agencia llevará a cabo las siguientes funciones, a efectos de contribuir a un nivel eficiente, de elevada calidad y uniforme de control fronterizo y de retorno:

(...)

g) asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores mediante la coordinación y organización de operaciones conjuntas, *teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional*;

(...)

h) asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores poniendo en marcha intervenciones fronterizas

En definitiva, parece que las referencias a la integración de las operaciones SAR en la actividad de la Agencia GEFC y en el concepto de gestión integrada de las fronteras están más vinculadas al mero cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional en el seno de la cooperación operativa marítima que a una verdadera asunción de competencias en materia de salvamento por parte de la Agencia GEFC. Sobre este extremo volveremos con posterioridad, ya que no podemos obviar que el Reglamento Vigilancia Marítima es una norma de Derecho de la Unión Europea que regula numerosos aspectos, algunos de ellos clave, de las operaciones de salvamento. Entre otros, el lugar de desembarco de las personas rescatadas en el seno de una operación conjunta o intervención fronteriza rápida.

#### **4. LOS MEDIOS HUMANOS A DISPOSICIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA**

Dada la peculiaridad que supone el hecho de que exista un cuerpo de guardias fronterizos de distintas procedencias que, de forma coordinada, se encarguen de vigilar las fronteras exteriores de la Unión Europea, es de vital importancia determinar la composición de dicho cuerpo, las funciones de sus miembros, el derecho aplicable a sus actuaciones o su régimen de responsabilidad. Concretamente, estos aspectos serán analizados centrándonos específicamente en aquellos guardias fronterizos que, de acuerdo con el Reglamento GEFC 2019, adoptan la denominación de «equipos de gestión de fronteras». Es decir, aquellos que se «desplegarán durante las operaciones conjuntas en las fronteras exteriores y las intervenciones fronterizas rápidas en los Estados miembros y terceros países» (artículo 2, apartado 18, Reglamento GEFC 2019). Estos equipos se contraponen, adoptando un criterio estrictamente funcional, a los «equipos de apoyo a la gestión de la migración» (artículo 2, punto 19, Reglamento GEFC 2019) y a los «equipos de retorno» (artículo 2, punto 29, Reglamento GEFC 2019)<sup>1097</sup>.

---

rápidas en las fronteras exteriores de los Estados miembros sometidos a retos concretos y desproporcionados, *teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho internacional*».

<sup>1097</sup> Por «equipo de apoyo a la gestión de la migración», el Reglamento GEFC 2019 entiende un «equipo de expertos que proporcionan un refuerzo técnico y operativo a los Estados miembros, en particular en los puntos críticos o en los centros controlados, compuesto por personal operativo del cuerpo permanente de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, expertos desplegados por la [Agencia de Asilo de la Unión Europea], y de Europol u otras agencias pertinentes de la Unión, así como de los Estados miembros» (artículo 2, punto 19, Reglamento GEFC 2019).

Por su parte, los «equipos de retorno» son «equipos (...) que se desplegarán durante las operaciones de retorno, las intervenciones de retorno en los Estados miembros y en terceros países u otras actividades

## 4.1 Composición y despliegue

Teniendo en cuenta que el cambio producido en la composición de los equipos de la GEFC ha sido una auténtica revolución desde el punto de vista de la comunitarización de la gestión integrada de las fronteras exteriores, en este epígrafe se analizarán comparativamente la regulación actual y la vigente hasta el año 2019.

### 4.1.1 La regulación previa al Reglamento GEFC 2019

#### *a) Composición de los equipos*

En relación con la composición de los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (en adelante equipos GEFC), el artículo 2 del Reglamento GEFC 2016 establecía que los mismos estaban formados por los «guardias de fronteras y demás personal competente de los Estados miembros participantes, incluidos los guardias de fronteras y otro personal competente enviados en comisión de servicios como expertos nacionales por los Estados miembros a la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que se desplegarán durante operaciones conjuntas, intervenciones fronterizas rápidas (...)».

De la una lectura detenida del artículo 2 Reglamento GEFC 2016 se podían extraer cuatro conclusiones. La primera de ellas era que los equipos estaban constituidos por dos tipos de personal: los guardias fronterizos y otra categoría denominada más ampliamente «demás personal competente». Hasta el año 2016 (año de aprobación del primer Reglamento GEFC) solo los guardias fronterizos formaban parte de los equipos. Esta circunstancia provocaba cierta incertidumbre respecto al estatus de otros miembros participantes en las operaciones (como la tripulación de las naves empleadas o el personal de mantenimiento), lo cual se convirtió en fuente de problemas de diversa índole relacionados con su régimen competencial y de responsabilidad. Con la inclusión de la referencia a este otro «personal competente» en los equipos GEFC, el problema quedó resuelto.

La segunda conclusión derivada del artículo 2 Reglamento GEFC 2016 era que los equipos GEFC estaban constituidos únicamente por los guardas fronterizos de los Estados participantes, es decir, los Estados «que participa[ba]n en una operación conjunta, en una intervención fronteriza rápida (...) facilitando equipos técnicos, guardias de fronteras, y demás personal competente desplegado como parte de los equipos de la

---

operativas relacionadas con la ejecución de tareas relacionadas con el retorno» (artículo 2, punto 29, Reglamento GEFC 2019).

Guardia Europea de Fronteras y Costas (...) pero que no [fueran] un Estado miembro de acogida». *Sensu contrario*, los guardias fronterizos del Estado miembro donde se desplegaba la operación («Estado de acogida»), siguiendo la estela de los EBGT de 2011, no formaban parte de los equipos GEFC. Esta separación entre los guardias fronterizos de los Estados miembros participantes y los del Estado miembro de acogida (o entre los guardias fronterizos invitados y los guardias fronterizos anfitriones) seguía representando un cierto rechazo a la idea de un verdadero cuerpo europeo de guardias fronterizos. Ese escollo de tintes intergubernamentales, que arrastra la regulación desde 2007 (RABITs), podría haberse salvado si los guardias fronterizos del Estado de acogida lideraran, desde dentro del equipo, la operación. Al fin y al cabo, si la Guardia Europea de Fronteras y Costas está compuesta por la Agencia GEFC y las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras, no tiene sentido excluir de los equipos GEFC a los guardias fronterizos del Estado miembro que acoge una determinada operación.

La tercera conclusión derivada del tenor literal del artículo 2 del Reglamento GEFC 2016 era que en los equipos GEFC encontrábamos dos subcategorías de guardias de fronteras nacionales: aquellos que venían remitidos directamente por los Estados miembros para una operación concreta y aquellos otros que, tras ser puestos a disposición de la Agencia GEFC por los Estados miembros por un periodo de tiempo determinado, eran desplegados por esta última con la finalidad de apoyar a la primera categoría («guardias de fronteras y otro personal competente enviados en comisión de servicios como expertos nacionales»)<sup>1098</sup>. Eso sí, independientemente de si en el momento en el que eran requeridos estaban trabajando directamente para su Estado miembro de origen o para la Agencia, los integrantes de los equipos de la GEFC eran guardias de fronteras nacionales, en ningún caso personal propio de la Agencia<sup>1099</sup>.

Por último, la cuarta conclusión que podíamos extraer del artículo 2 Reglamento GEFC 2016 era que, *a priori*, los equipos GEFC eran desplegados, indistintamente, tanto

---

<sup>1098</sup> De conformidad con el artículo 20.11 Reglamento GEFC 2016, «La Agencia contribuirá a los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas con guardias de fronteras competentes u otro personal pertinente enviados a la Agencia en comisión de servicios por los Estados miembros como expertos nacionales».

<sup>1099</sup> Además de la propia composición de los equipos, así lo confirmaba el artículo 58.2 Reglamento GEFC 2016, relativo al personal de la Agencia, según el cual «solamente podrán ser designados para los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas guardias de fronteras u otro personal competente en comisión de servicios [pero no el personal estatutario de la Agencia]».

en operaciones conjuntas como en intervenciones fronterizas rápidas<sup>1100</sup>. No obstante, pese a lo que pudiera deducirse de la redacción del antiguo artículo 2 Reglamento GEFC 2016, los equipos no tenían una composición homogénea independientemente del tipo de cooperación operativa para la que se desplegaran. Por el contrario, existían preceptos del Reglamento GEFC 2016 que invitaban a pensar que los equipos que participaban en las operaciones conjuntas, o al menos su composición, no era la misma que la de aquellos que participaban en las intervenciones fronterizas rápidas. A favor de esta interpretación se encontraba el artículo 14.2 del Reglamento GEFC 2016, en virtud del cual la Agencia podía «coordinar operaciones conjuntas para uno o más Estados miembros y desplegar *equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*» [apartado a)] y «organizar intervenciones fronterizas rápidas y desplegar *equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas del contingente de reacción rápida* y, cuando proceda, *equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas adicionales*» [apartado b)]. Como se puede apreciar, mientras que en las operaciones conjuntas intervenían los equipos GEFC (a secas), en las intervenciones fronterizas rápidas intervenían los equipos del contingente de reacción rápida y, en su caso, los equipos adicionales.

Precisamente, la creación del contingente de reacción rápida constituyó una de las novedades más importantes del Reglamento GEFC 2016. Su artículo 20 (apartados 4 y 5) configuró dicho contingente como un cuerpo a disposición permanente e inmediata de la Agencia GEFC creado para ser desplegado exclusivamente en intervenciones fronterizas rápidas<sup>1101</sup>. Estaba compuesto por un mínimo de 1.500 guardias fronterizos que debían ser remitidos por los Estados miembros, de acuerdo con la proporción estipulada en el Anexo I del Reglamento, en un plazo de cinco días hábiles desde la adopción del plan operativo de la intervención fronteriza rápida. Por su parte, los equipos adicionales, también de nuevo cuño, eran desplegados cuando el contingente de reacción rápida resultaba insuficiente: «Para tal fin, los Estados miembros [debían comunicar] de inmediato, a petición de la Agencia, el número, los nombres y los perfiles de los guardias de fronteras y demás personal competente de su contingente nacional que [podrían]

---

<sup>1100</sup> Así lo confirmaban los títulos de los preceptos del Reglamento GEFC 2016 que contemplaban disposiciones generales para todos los guardias fronterizos que participaban en las distintas modalidades de cooperación operativa: el artículo 20 (composición y despliegue de los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas), el artículo 21 (instrucciones para los equipos GEFC) y el artículo 40 (funciones y competencias de los miembros de los equipos).

<sup>1101</sup> El artículo 17.5 del Reglamento GEFC 2016 (Procedimiento para el inicio de una intervención rápida) establecía que «si el director ejecutivo decide iniciar una intervención fronteriza rápida, desplegará equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas del contingente de reacción rápida (...)».



facilitar en un plazo de siete días hábiles a partir del inicio de la intervención fronteriza rápida» (artículo 20.8 Reglamento GEFC 2016).

*b) Organización y planificación interna de los equipos de la GEFC*

Para comprender el complejo entramado trazado por el legislador de la Unión Europea en lo que respecta al régimen de contribución de los Estados miembros a los equipos de la GEFC 2016 es necesario establecer, en primer lugar, la diferencia existente entre «contingente» y «equipo». Pese a que en el Reglamento GEFC 2016 ambos conceptos aparecían entremezclados y utilizados de forma indiferente, una interpretación sistemática del mismo invitaba a pensar que existían distintos equipos de guardias de fronteras. Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, dependiendo de si nos encontrábamos ante una operación conjunta o ante una intervención fronteriza rápida, los equipos estarían constituidos por diferentes contingentes. Un contingente era un conjunto de guardias fronterizos que coincidían en la modalidad de despliegue (tiempo, forma y excepciones). Se puede decir que existían cuatro categorías de contingentes: el contingente que, coloquialmente, podemos denominar «estándar»; el contingente de reacción rápida; el contingente de agentes en comisión de servicios y el contingente adicional (que el Reglamento denominaba equipo GEFC adicional). Cada uno de estos contingentes estaba constituido por subcontingentes nacionales, es decir, el conjunto de guardias fronterizos que remitía cada Estado miembro.

En el caso de las operaciones conjuntas, los equipos de guardias de fronteras estaban constituidos por un contingente estándar y un contingente de agentes en comisión de servicio. Respecto al primero, la contribución de los Estados en lo que se refería a los guardias de fronteras facilitados para operaciones conjuntas específicas para el año siguiente se planificaba, al igual que en el Reglamento FRONTEX 2004, mediante negociaciones y acuerdos bilaterales entre la Agencia y los Estados miembros (artículo 20.3 Reglamento GEFC 2016)<sup>1102</sup>. La suma de las contribuciones (o subcontingentes) de los Estados miembros derivadas de negociaciones y acuerdos anuales con la Agencia eran el contingente estándar<sup>1103</sup>. Por su parte, el contingente de agentes en comisión de

---

<sup>1102</sup> Esta forma de contribución nació con los EBGT en el Reglamento FRONTEX 2011.

<sup>1103</sup> Eran los llamados «contingentes preexistentes» en el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*, 25.1.2017 COM (2017) 42 final, p. 3: «A diferencia de los nuevos contingentes de intervención rápida, los contingentes preexistentes [estándar] ya estaban operativos en el anterior mandato de la Agencia para llevar a cabo operaciones conjuntas. Los Estados miembros aportan las contribuciones a los contingentes y los despliegues se acuerdan de antemano entre la Agencia y los Estados miembros».

servicios venía constituido por el conjunto de guardias fronterizos, independientemente de su Estado de origen, que se encontraban trabajando para la Agencia durante un periodo de tiempo determinado y que aquella remitía en apoyo al contingente estándar en una operación conjunta concreta. Al igual que lo que sucedía con el contingente estándar, la contribución de los Estados miembros en lo que se refería al envío a la Agencia de guardias en comisión de servicios para el año siguiente también se planificaba sobre la base de negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia y los Estados miembros (artículo 20.11 Reglamento GEFC 2016). Para ser exactos, la posibilidad de incorporar agentes en comisión de servicios existía desde la modificación de la regulación de Frontex en el año 2011.

Por su parte, en las intervenciones fronterizas rápidas encontrábamos equipos de guardias de fronteras formados por el contingente de reacción rápida y, en su caso, por el contingente adicional. Al contrario de lo que sucedía con el contingente estándar, las contribuciones de los Estados miembros al contingente de reacción rápida no dependían de acuerdos y negociaciones anuales, sino que era el consejo de administración de la Agencia quien decidía los perfiles y el número mínimo de guardias de fronteras y otro personal competente que se debían poner a disposición de dicho contingente (artículo 20.4 Reglamento GEFC 2016). Como veníamos adelantando, el contingente de reacción rápida fue la gran aportación del Reglamento GEFC 2016, ya que posibilitó la creación del primer «cuerpo permanente a disposición inmediata de la Agencia que pod[ía] desplegar en cualquier Estado miembro en un plazo de cinco días hábiles desde el momento en que el director ejecutivo y el Estado miembro de acogida [acordaban] el plan operativo» (artículo 20.5 Reglamento GEFC 2016)<sup>1104</sup>. Por último, el contingente adicional estaba compuesto por el conjunto de guardias fronterizos que los Estados, a solicitud de la Agencia, podían facilitar en un plazo de 7 días hábiles a partir del inicio de la intervención rápida cuando el contingente de reacción rápida fuera insuficiente.

---

<sup>1104</sup> Este artículo 20.5 Reglamento GEFC 2016 continuaba diciendo: «(...) A tal fin, cada Estado miembro pondrá anualmente a disposición de la Agencia un determinado número de guardias de fronteras u otro personal competente. Sus perfiles se ajustarán a lo estipulado en la decisión del consejo de administración. El número total de personal puesto a disposición por los Estados miembros ascenderá a un mínimo de 1.500 guardias de fronteras u otro personal competente. La Agencia podrá comprobar si los guardias de fronteras que proponen los Estados miembros corresponden a los perfiles definidos». El Anexo I del Reglamento establecía la «Tabla de contribuciones que debe realizar cada Estado miembro hasta alcanzar al menos la cifra de 1.500 guardias de fronteras y demás personal competente, de conformidad con el artículo 20, apartado 5».

Con esta clasificación se pretende facilitar la comprensión del funcionamiento de los equipos GEFC, tanto los previstos en la regulación de 2016 como en la de 2019 ya que, como se comprobará, el sistema actual de categorías se inspira en las modalidades de contingentes que acabamos de analizar.

*c) Alcance de las obligaciones de contribución de los Estados a los contingentes*

Una vez determinada la composición y organización interna de los equipos de la primera GEFC, es necesario analizar el lastre que ha arrastrado Frontex desde su nacimiento hasta la aprobación del Reglamento GEFC 2019: el régimen jurídico de las contribuciones de los Estados miembros a la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Dependiendo de la modalidad de despliegue ante la que nos encontremos (contingente estándar, contingente de reacción rápida, contingente de agentes en comisión de servicios o contingente adicional), el legislador de la Unión previó ciertas excepciones a la obligación de los Estados miembros de remitir guardias fronterizos a una operación concreta. El acogimiento a dichas excepciones, junto con el hecho de que la mayoría de las contribuciones eran fruto de negociaciones y acuerdos bilaterales, fue lo que provocó una carencia sistemática de medios humanos en la primigenia GEFC, lo cual provocó la aprobación del nuevo Reglamento GEFC en el año 2019<sup>1105</sup>.

En el caso del contingente estándar, los Estados miembros debían poner obligatoriamente a disposición de la Agencia los guardias fronterizos pactados anualmente con esta última «salvo en el caso de que se enfrent[as]en a una situación excepcional que afect[as]e de manera sustancial a la ejecución de funciones nacionales (...)». El único requisito existente si un Estado miembro invocaba dicha situación excepcional era que este expusiera «pormenorizadamente los motivos y la información sobre la situación en un escrito dirigido a la Agencia (...)» (artículo 20.3 Reglamento GEFC 2016). Por tal motivo, esta excepción a la obligación de contribuir al contingente estándar se podía catalogar como «blanda», ya que podía ser activada con un simple escrito del propio Estado miembro y no parecía requerir aprobación por parte de la

---

<sup>1105</sup> Según la Comisión, el conjunto de compromisos anuales correspondientes a 2018 entre la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas y los Estados miembros «solo cubrieron el 49% y el 45% de las necesidades de la Agencia en materia de guardias de fronteras y equipos, respectivamente, para sus actividades en las fronteras terrestres. En el caso de las operaciones en las fronteras marítimas, si bien se cubrió el 96 % de las necesidades de guardias de fronteras, solo se cubrió el 60 % de las necesidades de activos técnicos». Lo mismo sucedía con el contingente de reacción rápida, «el cual no había cubierto aún sus necesidades de 1.500 efectivos» (Comisión Europea, Proyecto de Reglamento GEFC 2019, pp. 4 y 5).

Agencia. La simplicidad del procedimiento previsto para invocar la excepción provocaba que el despliegue de guardias fronterizos en una operación conjunta dependiera, casi en exclusiva, de la voluntad de los Estados miembros<sup>1106</sup>.

Como explicaba la Propuesta de la Comisión sobre el Reglamento GEFC 2019, en los últimos años la Agencia había tratado de «compensar la insuficiencia de las contribuciones de los Estados miembros (...) mediante el desarrollo y el uso de sus propias capacidades, en particular mediante la puesta en común y el despliegue de «miembros de equipos en comisión de servicios» como contribución propia a las actividades operativas»<sup>1107</sup>. Aunque la contribución de los Estados miembros al contingente de agentes en comisión de servicios se planificaba sobre la base de negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia y los Estados miembros, era la primera la que decidía el número y perfil de agentes que eran remitidos a una operación conjunta concreta como complemento al contingente estándar. El problema era que, pese a constituir un complemento o refuerzo a este último, la excepción que podían alegar los Estados para remitir agentes pactados anualmente en comisión de servicios era la misma que en el caso del contingente estándar. Es decir, en el caso de que el envío de los guardias fronterizos pactados para una comisión de servicios «pudiese afectar gravemente al desempeño de sus funciones nacionales», los Estados miembros también podían cancelar dicha comisión de servicios (artículo 20.11 Reglamento GEFC 2016). Para más inri, en este caso ni siquiera se establecía la necesidad de remitir ningún escrito a la Agencia justificando la excepción. Por este motivo, según la propia Comisión, «este régimen voluntario y complementario [resultó] ser en gran medida insuficiente para que la Agencia [pudiera] beneficiarse de sus principales ventajas, a saber, la previsibilidad a largo plazo del compromiso y la flexibilidad para la reasignación»<sup>1108</sup>. Además, aunque conforme al artículo 20.11 Reglamento GEFC 2016 los miembros en comisión de servicios podían ponerse a disposición de la Agencia durante un año o más, la mayoría de ellos solo estaban destinados en comisión de servicios durante el período mínimo de tres meses exigido por el Reglamento. En definitiva, «para el apoyo operativo a los Estados miembros situados en primera línea en el marco de operaciones conjuntas

---

<sup>1106</sup> Esta excepción se introdujo por primera vez en 2007 respecto a los RABITs. Por el contrario, en aquel entonces, las contribuciones a las operaciones conjuntas eran absolutamente voluntarias. En 2011 la excepción se extendió a los EBGT y, con ello, a las operaciones conjuntas.

<sup>1107</sup> Propuesta de Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas de 12 de septiembre de 2018 [COM (2018) 631 Final], p. 5.

<sup>1108</sup> *Ibidem*, p. 5.

regulares, que son el tipo más común, la Agencia seguía dependiendo por entero de la puesta en común voluntaria de recursos humanos y técnicos de los Estados miembros»<sup>1109</sup>.

En el caso de las intervenciones fronterizas rápidas, recordamos que la decisión sobre los perfiles y número mínimo de guardias de fronteras del contingente de reacción rápida era fruto de una decisión del consejo de administración de la Agencia (artículo 20.4 Reglamento GEFC 2016), no de acuerdos o negociaciones entre esta última y los Estados miembros. Por otra parte, la activación de la excepción relativa al despliegue era más estricta; en el caso del contingente de reacción rápida no bastaba con que el Estado miembro motivase mediante un escrito que el despliegue podría afectar a las funciones nacionales, sino que era necesario que esta circunstancia se pusiera de manifiesto mediante un análisis de riesgos<sup>1110</sup> o una evaluación de vulnerabilidad<sup>1111</sup> realizados por la Agencia<sup>1112</sup> (artículo 20.7 Reglamento GEFC). Este requisito, que permitía catalogar la excepción a la contribución como «dura», constituía un cambio de gran relevancia con respecto a la regulación anterior, en la cual, en relación con las intervenciones fronterizas rápidas, los Estados miembros únicamente tenían obligación de comunicar a la Agencia «el número, los nombres y los perfiles de los agentes de la guardia de fronteras de los respectivos contingentes nacionales que pueden poner a su disposición en un plazo de cinco días para que se integren en un equipo» (artículo 8 ter. 1 del Reglamento FRONTEX 2004, modificado por Reglamento FRONTEX 2007). En conclusión, como podemos apreciar, a partir de 2016 la contribución a las intervenciones fronterizas rápidas pasó de ser potestativa a ser obligatoria, salvo que la propia Agencia (no el Estado miembro en

---

<sup>1109</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1110</sup> Los análisis de riesgos evalúan los factores externos que inciden en la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea (retos, tendencias migratorias, volúmenes, rutas etc.). Los mismos serán objeto de un análisis más detallado en el Capítulo IX.

<sup>1111</sup> Según el artículo 13.4 Reglamento GEFC 2016, el objetivo de la evaluación de la vulnerabilidad es «que la Agencia pueda evaluar la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a los retos venideros, incluidas las amenazas y los retos actuales y futuros en las fronteras exteriores; identificar, especialmente para los Estados miembros sujetos a retos concretos y desproporcionados, las posibles consecuencias inmediatas en las fronteras exteriores y las futuras repercusiones para el funcionamiento del espacio Schengen; y examinar su capacidad para contribuir al contingente de reacción rápida previsto en el artículo 20, apartado 5. (...) En esta evaluación, la Agencia tendrá en cuenta la capacidad de los Estados miembros para llevar a cabo todas las labores de gestión de fronteras, incluida su capacidad para hacer frente a la posible llegada de un elevado número de personas a su territorio».

<sup>1112</sup> Además, en caso de que se confirmase dicha circunstancia, ello no eximía a los Estados miembros del cumplimiento de su obligación, sino que se establecía que «su contribución al despliegue del contingente de intervención rápida será la mitad de la contribución fijada para dicho Estado miembro en el anexo I» (artículo 20.7 Reglamento GEFC 2016). El único Estado miembro exento de cumplir por completo su contribución era el Estado miembro de acogida de una intervención fronteriza rápida.

cuestión) constatase, a través de distintos mecanismos, la posible afectación a funciones nacionales por culpa del despliegue.

Por último, en relación con el contingente adicional, cuando la Agencia lo solicitaba, los Estados miembros ponían a su disposición guardias de fronteras para complementar el contingente de reacción rápida «salvo en el caso de que se enfrent[as]en a una situación excepcional que afect[as]e de manera sustancial a la ejecución de funciones nacionales» (artículo 20.8 Reglamento GEFC 2016). En este caso, el Estado miembro, siguiendo la vía de la excepción «blanda» del contingente estándar, solo tenía que exponer pormenorizadamente los motivos y la información sobre la situación en un escrito dirigido a la Agencia.

Como conclusión respecto al régimen de excepciones a las contribuciones nacionales a la primera GEFC, puede decirse que el Reglamento GEFC 2016 dio a Frontex una mayor capacidad de movilización de recursos humanos mediante el endurecimiento de las condiciones bajo las cuales los Estados miembros podían negarse a desplegar sus guardias fronterizos. De hecho, algunos autores calificaron esta forma de contribución como «una obligación incondicional de ponerlos [a los guardias fronterizos] a disposición de la Agencia»<sup>1113</sup>. Esta circunstancia llevó a RIJPM a cuestionarse si dicha obligación era compatible con el reconocimiento en el TFUE de que la salvaguarda de la seguridad interior y el orden público corresponde a los Estados miembros (artículo 72 TFUE)<sup>1114</sup>. No obstante, parece difícil compartir la posición de este autor, sobre todo teniendo en cuenta el principio de cooperación leal entre los Estados miembros y la Unión Europea (artículo 4.3 TUE). En este sentido, el artículo 72 TFUE no puede convertirse en un pretexto para que los Estados miembros se nieguen a cumplir los compromisos adquiridos con la Unión Europea por defender sus competencias soberanas, menos aún en el ámbito de una competencia compartida como es la política de control de fronteras. Aun así, como veremos a continuación, el legislador de la Unión Europea ha encontrado la manera de compensar el «descuido» de las funciones nacionales vinculadas con la

---

<sup>1113</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, 2018, p. 154.

<sup>1114</sup> Jorrit RIJPM, «The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», cit., p.16. En el mismo sentido se pronunciaba Lisa HECHL en *Protecting the rights of refugees beyond European borders*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 163.

seguridad y el orden público por las contribuciones a la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

#### 4.1.2 Regulación actual de los equipos de la GEFC

##### *a) Composición y despliegue*

Pese a que la creación del contingente obligatorio de reacción rápida fue un avance significativo en la evolución de la Frontex (precisamente por su carácter obligatorio), el mismo no acabó con los problemas endémicos de los que adolecía la Agencia desde su creación. Su principal hándicap era que únicamente podía activarse para intervenciones fronterizas rápidas, mientras que, para el apoyo operativo a los Estados miembros situados en primera línea en el marco de las operaciones conjuntas, que son el tipo más común, la Agencia GEFC seguía dependiendo «por entero» de la puesta en común voluntaria de recursos humanos por parte de los Estados miembros<sup>1115</sup>. En concreto, según la Comisión, «lamentablemente» la mayoría de las operaciones conjuntas de la Agencia en el periodo 2015-2018 se habían visto gravemente afectadas «por lagunas persistentes», no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo<sup>1116</sup>. Los Estados miembros tendían a comprometer sus contribuciones únicamente para ubicaciones y periodos concretos, limitando la capacidad de la Agencia GEFC para reasignar rápidamente a los expertos en caso necesario. Estas carencias, junto con «una falta de formación común, de competencias lingüísticas suficientes y de una cultura operativa común», obstaculizaban la cooperación sobre el terreno y demostraban que existía «una clara necesidad de contar con personal permanente y plenamente formado, que pudiera desplegarse en cualquier momento»<sup>1117</sup>.

Para solucionar los problemas analizados, el cuerpo permanente creado por el Reglamento GEFC 2019 para complementar los esfuerzos de los Estados miembros contará con 6.500 miembros de personal operativo facultados para realizar tareas de control fronterizo en 2021, cifra que aumentará progresivamente hasta los 10.000 miembros en 2027<sup>1118</sup>. De conformidad con el artículo 54 Reglamento GEFC 2019, dicho cuerpo estará compuesto por cuatro categorías de personal:

---

<sup>1115</sup> Propuesta de Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas [COM (2018) 631 Final], p. 4.

<sup>1116</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1117</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1118</sup> Anexo I del Reglamento GEFC 2019, «Capacidad del cuerpo permanente por año y por categoría de conformidad con el artículo 54». Para el ejercicio de 2020 se seguirán aplicando las previsiones de medios humanos derivadas de la aplicación del Reglamento GEFC 2016.

#### a.1) Categoría 1 (Personal estatutario de la Agencia GEFC)

Esta categoría está constituida por miembros del personal estatutario de la Agencia GEFC que serán desplegados en operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas como miembros de los equipos (equipos de gestión de fronteras)<sup>1119</sup>. Los mismos recibirán una formación común de guardias de fronteras, en particular sobre derechos fundamentales, y estarán capacitados para desempeñar funciones y ejercer competencias ejecutivas en materia de control fronterizo. Debido a su calidad de funcionarios de la UE, esta categoría del cuerpo permanente constituye un punto de inflexión en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Como sabemos, hasta la aprobación del nuevo Reglamento la Agencia GEFC no contaba con medios humanos propios con competencias ejecutivas<sup>1120</sup>.

#### a.2) Categoría 2 (Personal de los Estados miembros remitido a la Agencia GEFC en comisión de servicios)

Esta categoría está constituida por personal adscrito a la Agencia GEFC enviado por los Estados miembros para una larga duración como parte del cuerpo permanente. Es lo que hasta 2019 se venía denominando «contingente en comisión de servicios». No obstante, se pueden destacar dos diferencias esenciales con respecto a la regulación anterior. La primera es que las contribuciones no se planifican mediante negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia y los Estados miembros, sino que «cada Estado miembro será responsable de garantizar las contribuciones continuas de personal operativo en comisión de servicios como miembros de los equipos de conformidad con el Anexo II» (artículo 56.2 Reglamento GEFC 2019)<sup>1121</sup>. En segundo lugar, desaparece la excepción al despliegue cuando el mismo «pudiese afectar gravemente al desempeño

---

<sup>1119</sup> El personal estatutario de la Agencia GEFC es empleado por esta última de conformidad con el Estatuto de funcionarios de la Unión Europea y el régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea establecido en el Reglamento n.º 259/68 del Consejo (artículo 2, apartado 15, Reglamento GEFC 2019). Es decir, se trata de personal contratado directamente por la Agencia GEFC, de conformidad con la normativa general en materia de funcionarios y empleados públicos de la Unión Europea.

<sup>1120</sup> La Agencia GEFC ya ha comenzado con los procesos de selección, publicando en su página web los perfiles necesarios. Los contratos son de cinco años, con un periodo de prueba de 9 meses. Se valoran distintas aptitudes dependiendo del puesto al que se quiera acceder (experiencia previa en el ámbito, condiciones físicas, etc.), pero en todos los casos es indispensable acreditar un conocimiento, al menos, equivalente a un B2 de inglés [Información disponible en: <https://frontex.europa.eu/about-frontex/careers/frontex-border-guard-recruitment/> (Consultado por última vez el 10/03/2020)].

<sup>1121</sup> Anexo II Reglamento GEFC 2019, «Contribuciones anuales que los Estados miembros deben aportar al cuerpo permanente a través del envío de personal en comisión de servicios de larga duración de conformidad con el artículo 56». Por ejemplo, en el caso de España, se prevé una contribución de 30 guardias fronterizos en 2021 que irán incrementándose hasta llegar a los 111 en 2027.



de sus funciones nacionales» (artículo 20.11 Reglamento GEFC 2016). Además, el tiempo mínimo de comisión pasa de tres a veinticuatro meses (prorrogables).

a.3) Categoría 3 (Personal de los Estados miembros remitidos para despliegues de corta duración)

Esta categoría está constituida por personal de los Estados miembros preparado para ser proporcionado a la Agencia GEFC para despliegues de corta duración como parte del cuerpo permanente. Es decir, lo que hasta 2019 venía siendo el «contingente estándar». De nuevo, la diferencia esencial con la regulación anterior es que las contribuciones no son pactadas anualmente con la Agencia GEFC, sino que se rigen por lo dispuesto en el anexo III Reglamento GEFC 2019<sup>1122</sup>. No obstante, se mantiene la excepción al despliegue «cuando el análisis de riesgos o, en su caso, una evaluación de vulnerabilidad ponga de manifiesto que un Estado miembro se encuentra ante una situación que podría afectar de manera sustancial a la ejecución de sus funciones nacionales (...)». En estos casos, las contribuciones acumuladas no excederán la mitad de la contribución de dicho Estado miembro para ese año fijada en el anexo III (artículo 57.9 Reglamento GEFC 2019). Sin embargo, debe apreciarse que el régimen de excepciones es el que en el epígrafe anterior fue catalogado como «duro», propio del antiguo contingente de reacción rápida, y no el mero escrito dirigido a la Agencia por parte del Estado miembro en cuestión, propio del antiguo contingente estándar. En cuanto al periodo de despliegue, cada miembro del personal estará disponible durante un periodo de hasta cuatro meses (prorrogable) de un año natural (artículo 57.2 Reglamento GEFC 2019).

Conviene destacar que ni el Reglamento GEFC 2016 ni el de 2019 aclaran qué tipo de vinculación existe entre la Agencia y el guardia fronterizo durante el periodo de despliegue. No obstante, la regulación invita a pensar que también se trata de una comisión de servicios (aunque de menor duración que la de la Categoría 2). A favor de esta interpretación se encuentra el apartado 11 del artículo 57 Reglamento GEFC 2019 que, refiriéndose al personal técnico, establece que «la duración de las comisiones de servicio del personal técnico se determinará de conformidad con el artículo 64». Parece

---

<sup>1122</sup> Anexo III Reglamento GEFC 2019, «Contribuciones anuales de los Estados miembros al cuerpo permanente para despliegues de corta duración de personal de conformidad con el artículo 57». Por ejemplo, en el caso de España las contribuciones van desde los 266 guardias fronterizos en 2021 a los 407 en 2027.

razonable pensar que esta regla es la misma que debería resultar aplicable en el caso del personal de esta Categoría 3.

a.4) Categoría 4 (Personal de los Estados miembros remitidos para la reserva de acción rápida)

Esta categoría constituye una reserva de acción rápida compuesta por personal de los Estados miembros preparados para ser desplegados para intervenciones fronterizas rápidas. En principio, su composición y funcionamiento son los mismos que los del antiguo contingente de reacción rápida creado en 2016. De hecho, las contribuciones fijadas en el anexo IV son casi las mismas que las del anexo I del Reglamento GEFC 2016<sup>1123</sup>. No obstante, existen dos diferencias esenciales con respecto al mencionado contingente creado en 2016. En primer lugar, se ha eliminado la excepción relativa al despliegue de guardias fronterizos en esta categoría, incluso en el caso de situaciones que pudieran afectar de manera sustancial a la ejecución de sus funciones nacionales (esta excepción ha pasado a regir exclusivamente en la Categoría 3). En segundo lugar, no es la única categoría destinada a las intervenciones fronterizas rápidas, como antes lo era el contingente de reacción rápida, sino que se activará «siempre que se haya desplegado en su totalidad el personal operativo de las categorías 1, 2 y 3 para la intervención fronteriza rápida de que se trate».

En conclusión, y como puede observarse, la configuración de los equipos de la GEFC cambiará considerablemente a partir de 2021. En primer lugar, los equipos pasarán de estar constituidos por guardias fronterizos de Estados miembros a estar formados tanto por estos últimos como por funcionarios de la Unión Europea<sup>1124</sup>. En segundo lugar, las contribuciones de medios personales de los Estados miembros a los equipos pasan de configurarse por medio de acuerdos y negociaciones bilaterales anuales con la Agencia GEFC, donde rige principalmente la voluntariedad, a someterse a las especificaciones vinculantes establecidas por los anexos del Reglamento GEFC 2019. En tercer lugar, la excepción que en su momento catalogamos como «dura» (aplicada al contingente de reacción rápida) será la única existente y se aplicará exclusivamente a la Categoría 3, lo

---

<sup>1123</sup> Manteniéndose un total de 1.500 agentes para 2021, el único cambio existente es que ha aumentado el número de guardias fronterizos aportados por Suecia en la misma cantidad que ha disminuido la contribución de Portugal.

<sup>1124</sup> Mientras el personal estatutario llevará un uniforme específico, el resto conservará su propio uniforme nacional (artículo 82.6. 1º Reglamento GEFC 2019). En cualquier caso, todos ellos portarán un brazalete azul con el emblema de la Unión Europea (artículo 82.6. 2º GEFC 2019).

que anteriormente era el contingente estándar. En cuarto lugar, frente al despliegue confuso y variable de los equipos y contingentes según se tratara de operaciones conjuntas o intervenciones fronterizas rápidas, a partir de 2021 las distintas categorías del cuerpo permanente se desplegarán de forma homogénea (salvo la Categoría 4, que podría llamarse de reserva), independientemente de la forma que adopte la cooperación operativa.

Junto a todo ello, en materia de rendición de cuentas el Reglamento GEFC 2019 prevé en su artículo 65 la elaboración por parte del consejo de administración de la Agencia GEFC de un informe anual de los artículos del Reglamento GEFC 2019 relativos a la formación del cuerpo permanente. El mismo contendrá, entre otros aspectos, el número de miembros comprometidos por la Agencia GEFC y los Estados miembros y los efectivamente desplegados.

#### *b) Financiación*

Además de la creación del cuerpo permanente, el legislador de la Unión Europea ha tenido que llevar a cabo una serie de medidas complementarias para afianzar y consolidar los cimientos del nuevo proyecto. En concreto, nos referimos a las medidas de financiación y formación destinadas a los Estados miembros previstas en el Reglamento GEFC 2019 para compensar la considerable reducción del margen de decisión de estos últimos respecto a sus contribuciones a la GEFC y el temido «descuido» de las funciones nacionales vinculadas con la seguridad y el orden público nacionales. De esta forma, el Reglamento GEFC 2019 prevé un sistema de ayuda financiera para «apoyar y garantizar el desarrollo a largo plazo de los recursos humanos de los Estados miembros, permitiéndoles contratar y formar a personal adicional que ofrezca la flexibilidad necesaria para cumplir con la contribución obligatoria al cuerpo permanente de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, manteniendo al mismo tiempo suficientes capacidades nacionales»<sup>1125</sup>. El nuevo sistema se basa en un importe de referencia «equivalente al salario base anual de agente contractual, grupo de funciones III, grado 8, escalón 1 del artículo 93 del régimen aplicable a los otros agentes y sujeto a un coeficiente corrector aplicable en el Estado miembro de que se trate» (artículo 61.2 Reglamento GEFC 2019). A partir de este importe, se realizan las siguientes operaciones:

---

<sup>1125</sup> Así lo justificaba la Propuesta de Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas [COM (2018) 631 Final], p. 8.

- En el caso de los agentes en comisión de servicios, se sufragará el 100% del importe de referencia multiplicado por el número de personal operativo para el año N+2.
- En el caso de despliegues de corta duración y de la reserva de acción rápida, se financiará el 37% del importe de referencia multiplicado por el número de personal operativo efectivamente desplegado en cada una de dichas categorías.
- En caso del personal estatutario de la Agencia proveniente de los servicios fronterizos de los Estados miembros, la financiación ascenderá al pago único de un 50% del importe de referencia multiplicado por el número de personal operativo contratado por la Agencia.

El pago anual del importe «se efectuará a condición de que los Estados miembros aumenten sus respectivas dotaciones nacionales de guardias de fronteras mediante la contratación de personal nuevo durante el período en cuestión (...) y se verificará a través de la evaluación de vulnerabilidad del año siguiente» (artículo 61.3 Reglamento GEFC 2019).

### *c) Formación*

Frente a las denuncias vertidas por la Comisión sobre la falta de formación común, de competencias lingüísticas suficientes y de una cultura operativa común, el legislador de la Unión también ha tratado de solventar este problema. En materia de formación, debe diferenciarse entre el sistema previsto para la formación del personal estatutario de la Agencia y las herramientas disponibles para el resto de miembros del cuerpo permanente. En cuanto a los primeros, su formación tendrá carácter especializado, dependiendo de las funciones que vayan a realizar (guardia de fronteras o retorno) y se desarrollará en el marco de programas de formación específicos desarrollados por la Agencia GEFC. Los cursos podrán impartirse en centros especializados de formación de los Estados miembros, previo acuerdo con la Agencia, incluidos los centros académicos asociados de la Agencia GEFC en los Estados miembros. Incluso se prevé, previa aprobación del consejo de administración, la creación de un centro de formación propio «para facilitar en mayor medida la integración de una cultura europea común en la formación impartida» (artículo 62.3 Reglamento GEFC 2019). Además de la formación específica, «la Agencia garantizará que (...) los miembros del personal estatutario que vayan a ser desplegados como miembros de equipos hayan recibido una formación adecuada sobre Derecho de la

Unión y el Derecho Internacional aplicables, en particular en lo que se refiere a derechos fundamentales, al acceso a la protección internacional (...)» (artículo 62. 2 Reglamento GEFC 2019).

En cuanto al resto de guardias fronterizos del cuerpo permanente (Categorías 2, 3 y 4), la Agencia GEFC tomará todas las medidas necesarias para garantizar que estos últimos reciban la misma formación básica a la que se refiere el artículo 62.2 Reglamento GEFC 2019. Para ello elaborará y desarrollará programas troncales comunes para la formación de los guardias de fronteras y ofrecerá una formación a escala europea para los formadores de los guardias de fronteras nacionales de los Estados miembros. En virtud del artículo 62.6 Reglamento GEFC 2019, estos programas «tendrán por objeto promover las normas más exigentes y las mejores prácticas en la aplicación del Derecho de la Unión en materia de gestión de fronteras (...)». Los Estados miembros estarán obligados a integrar dichos programas comunes en la formación de sus guardias de fronteras. Teniendo en cuenta la heterogeneidad y variada naturaleza de las autoridades nacionales encargadas del control de fronteras, tal y como señala ACOSTA SÁNCHEZ este marco jurídico «se observa como un paso importantísimo a fin de lograr unos primeros resultados homogéneos en materia de gestión fronteriza entre los Estados miembros»<sup>1126</sup>.

#### *d) Conclusiones en materia de composición y despliegue de la GEFC*

De todo lo analizado en este epígrafe se deduce que con la aprobación del Reglamento GEFC 2019 se ha consolidado una tendencia progresiva a convertir a la antigua Frontex en un verdadero Cuerpo Europeo de Guardias de Fronteras en la línea propuesta por la Comisión en 2002. Es decir, parece que, poco a poco, se camina hacia un cuerpo de funcionarios de la Unión Europea independiente y complementario a los guardias fronterizos de los Estados miembros. Para algunos autores, el hecho de que el artículo 77.2 d) TFUE autorice al Parlamento Europeo y al Consejo para adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores» es título habilitante suficiente para caminar en esta dirección<sup>1127</sup>. Por el contrario, otros

---

<sup>1126</sup> Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ, «Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?», *Documento Opinión 111/2019 para el Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2 de diciembre de 2019, p. 17 [Disponible en: [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2019/DIEEO111\\_2019ACOSTA\\_Frontex.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2019/DIEEO111_2019ACOSTA_Frontex.pdf) (Consultado por última vez el 26/08/2020)].

<sup>1127</sup> Sergio CARRERA y Leonhard DEN HERTOG, «A European Border and Coast Guard: Fit for Purpose?», *CEPS Commentary*, 24 de febrero de 2016, p. 2. Estos autores refuerzan su posición argumentando

opinan que un cuerpo de guardias europeos de estas características no puede establecerse, ya que constituiría una violación del artículo 72 TFUE, el cual dispone que «El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior»<sup>1128</sup>.

Independientemente de lo anterior, la idea que subyace en el Reglamento GEFC 2019 es que cuanto más responsabilidad asuma la Unión Europea en materia de gestión de las fronteras exteriores, menos dependencia existirá de la solidaridad de los Estados miembros para hacer frente a los problemas derivados de la inmigración. Esta hipótesis se confirma cuando analizamos detalladamente el Anexo I del Reglamento GEFC. Para el año 2021 se prevé que, de los 6.500 guardias fronterizos que constituirán el cuerpo permanente, el 15% pertenezcan a la Categoría 1, el 7% a la Categoría 2, el 55% a la Categoría 3 y el 23% a la Categoría 4. No obstante, para el año 2027 (en el que se prevén un total de 10.000 guardias de fronteras en el cuerpo permanente), la proporción de personal estatutario de la Agencia aumenta al 30%, la de agentes en comisión de servicios al 15%, la de despliegues de corta duración provenientes de Estados miembros se mantiene en el 55% y la reserva de intervención rápida desaparece. Como se puede observar, existe una tendencia a aumentar progresivamente tanto el número de funcionarios de la Unión Europea que formarán parte del cuerpo permanente como el personal desplegado por los Estados miembros con carácter estable (comisión de servicios) a medida que va disminuyendo la dependencia de las contribuciones nacionales.

#### 4.2 El régimen jurídico relativo al ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos

##### 4.2.1 El régimen jurídico establecido por el Derecho de la Unión

La configuración del precepto del Reglamento GEFC 2019 relativo a las funciones y competencias de los miembros de los equipos GEFC (artículo 82) es heredada del

---

acertadamente que el artículo 77.2.d) del TFUE debe ser interpretado a la luz del artículo 4.3 TFUE, el cual positiviza el principio de cooperación leal y asistencia mutua entre la Unión Europea y los Estados miembros.

<sup>1128</sup> Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, cit., p. 43. En la misma línea, RIJPMa afirma que, de acuerdo con las reglas sobre delegación de poderes existente en la actualidad en el Derecho de la Unión, no es posible atribuir competencias ejecutivas de carácter material a la Agencia GEFC (Jorrit RIJPMa, «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», cit., pp. 27 y 28).

precepto homólogo que delimitó las funciones y competencias de los RABITS en 2007 y que posteriormente se aplicó a los EBGT en 2011 (artículo 10 Reglamento FRONTEX 2004, modificado) y a los equipos de la GEFC contemplados en el Reglamento GEFC 2016 (artículo 40). Tanto las regulaciones anteriores como la actual se han limitado a establecer en los mencionados preceptos que «los miembros de los equipos estarán capacitados para desempeñar todas las funciones y para ejercer todas las competencias en materia de control fronterizo y retorno, así como las necesarias para el cumplimiento de los objetivos de los Reglamentos (UE) n.º 656/2014 [Reglamento Vigilancia Marítima] y (UE) n.º 2016/399 [Código de Fronteras Schengen 2016] y de la Directiva 2008/115/CE [Directiva Retorno]». Sin embargo, cabe destacar que el artículo 55.7 Reglamento GEFC 2019 enumera las funciones relativas a control fronterizo y retorno de los miembros del personal estatutario, lo cual, partiendo de que dichas funciones son extrapolables a todos los miembros de los equipos, resulta de gran utilidad<sup>1129</sup>. Pese a ello, este último precepto adolece de dos problemas. El primero es que, sin motivo aparente, se refiere únicamente al personal estatutario de la Agencia GEFC y el segundo es que, al igual que sucede en los ordenamientos jurídicos nacionales, no desarrolla ninguna de las funciones que enumera.

En lo que interesa a esta investigación, las carencias del Reglamento GEFC 2019 en cuanto a la delimitación de las competencias de vigilancia de los guardias fronterizos

---

<sup>1129</sup> De conformidad con el artículo 55.7 Reglamento GEFC 2019, el personal estatutario que se desplegará como miembros de equipos estará facultado para desempeñar las siguientes tareas:

- «a) verificación de la identidad y la nacionalidad de las personas, incluida la consulta de las bases de datos pertinentes de la Unión y nacionales;
- b) autorización de entrada cuando se cumplan las condiciones de entrada establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399;
- c) denegación de entrada de conformidad con el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/399;
- d) sellado de los documentos de viaje de conformidad con el artículo 11 del Reglamento (UE) 2016/399;
- e) expedición o denegación de visados en la frontera, de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, e introducción de los datos pertinentes en el sistema de información sobre los visados;
- f) vigilancia de fronteras, incluidas las patrullas entre los pasos fronterizos a fin de evitar el cruce no autorizado de las fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente, incluida la interceptación/detención;
- g) registro de huellas dactilares de personas interceptadas en relación con el cruce irregular de una frontera exterior en Eurodac de conformidad con el capítulo III del Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo;
- h) contactos con terceros países con vistas a la identificación de nacionales de terceros países y obtención de documentos de viaje para los nacionales de terceros países sujetos a medidas de retorno;
- i) escolta de nacionales de terceros países sujetos a un procedimiento de retorno forzoso».

pueden ser subsanadas gracias al Reglamento Vigilancia Marítima; eso sí, solo en relación con las potestades de vigilancia realizadas en el ámbito marítimo. Dado que el citado Reglamento será objeto de un análisis específico en el siguiente capítulo, nos remitimos al mismo para una mayor concreción y delimitación de las actuaciones comprendidas en el ámbito de la vigilancia fronteriza marítima. Baste ahora con recordar que la vigilancia fronteriza comprende tanto actuaciones de detección (solicitar información y documentación sobre la propiedad, la matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque) como actividades de interceptación (apresar el buque y aprehender a las personas a bordo; ordenar al buque que modifique su rumbo o escoltarlo hasta un determinado lugar). Fuera del ámbito marítimo, y con carácter más general, las funciones y competencias de los equipos de la GEFC en materia de vigilancia fronteriza tendrán por objeto la monitorización de las fronteras, «incluidas las patrullas entre los pasos fronterizos a fin de evitar el cruce no autorizado de las fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente, incluida la interceptación/detención» [artículo 55.7 f) Reglamento GEFC 2019]<sup>1130</sup>.

#### 4.2.2 La influencia del ordenamiento jurídico del Estado miembro de acogida

Del epígrafe anterior podemos extraer la conclusión de que la regulación de las competencias de los miembros de los equipos GEFC está presidida, al igual que las competencias de los guardias fronterizos nacionales, por el Derecho de la Unión (CFS 2016 y Directiva Retorno). No obstante, aunque exista un *corpus* común europeo en materia de control fronterizo, los Estados miembros conservan cierto margen de apreciación en este ámbito motivado por la fuerte vinculación que tienen las competencias en las que se materializa dicho control con la seguridad interior, espacio (este sí) reservado a los Estados miembros<sup>1131</sup>. Ese margen de apreciación a nivel nacional provoca la aparición de ciertos condicionantes en el ejercicio de competencias ejecutivas

---

<sup>1130</sup> El precepto aporta poca luz a lo ya dispuesto en el artículo 13 CFS 2016. Recordamos que, según este último, «1. La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. (...) 4. Se confiará la vigilancia a unidades fijas o móviles que cumplirán su misión patrullando o situándose en puntos conocidos o que se consideren de riesgo, con objeto de aprehender a las personas que crucen ilegalmente la frontera. Para la vigilancia podrá recurrirse asimismo a medios técnicos, incluidos los medios electrónicos».

<sup>1131</sup> Título V TFUE (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), artículo 71: «El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».



por parte de los miembros de los equipos GEFC desplegados en el territorio de un Estado distinto al suyo para ejercer funciones de control fronterizo.

En primer lugar, el artículo 82.2 Reglamento GEFC 2019 establece que «el desempeño de las funciones y el ejercicio de competencias ejecutivas por los miembros de los equipos, en particular de aquellas que requieren competencias ejecutivas, estarán sujetos a la *autorización del Estado miembro de acogida* en su territorio (...)». Pese a ello, en nuestra opinión, el margen dado por el Derecho de la Unión a la autonomía procedimental de los Estados miembros en la cooperación operativa es tan estrecho que no implicaría una limitación en sí misma, ni siquiera en el plano ejecutivo. Por ejemplo, en relación con las inspecciones fronterizas, el CFS 2016 contiene más de siete preceptos y cuatro anexos que configuran un auténtico régimen jurídico de esta actividad de control fronterizo, regulando detalles tan nimios como los tipos de formularios de denegación de entrada, el estampado de sellos o los tipos de fila en los puestos fronterizos habilitados. Un caso distinto es el de la vigilancia fronteriza, la cual únicamente se encuentra regulada en un precepto (y muy parco) del CFS 2016 (artículo 13). No obstante, esa aparente autonomía procedimental tampoco tiene relevancia en las operaciones de vigilancia coordinadas por Frontex en el ámbito marítimo, dada la existencia del Reglamento Vigilancia Marítima. En conclusión, cuando se trata del ejercicio de actividades de control fronterizo coordinadas por Frontex, la normativa del Derecho de la Unión Europea es, en general, tan detallada que apenas deja margen a los Estados miembros para marcar diferencias significativas que constituyan una limitación desde el punto de vista ejecutivo.

El segundo condicionante que afecta al ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los agentes invitados en una operación coordinada por la Agencia GEFC es que, aunque en el desempeño de sus funciones y competencias pueden portar las armas de servicio, munición y equipos autorizados de conformidad con su derecho nacional<sup>1132</sup>, en última instancia, «el uso de la fuerza, incluidos el porte y las armas reglamentarias, munición y equipamiento, se ejercerán *con arreglo a la legislación del Estado miembro*

---

<sup>1132</sup> En concreto, el Reglamento GEFC 2019 dispone que «Para el personal enviado en comisión de servicios a la Agencia o enviado por un Estado miembro en un despliegue de corta duración, el porte y uso de armas reglamentarias, munición y equipamiento estarán sujetos a la legislación nacional del Estado miembro de origen» (artículo 82.7. 1º Reglamento GEFC 2019). Por el contrario, «El porte y uso de armas reglamentarias, munición y equipamiento por parte de miembros del personal estatutario de la Agencia desplegados como miembros de los equipos estará sujeto al marco y a las normas detalladas que se establecen en el presente artículo y en el anexo V» (artículo 82.7. 2º Reglamento GEFC 2019).

de acogida y en presencia de los guardias de fronteras de dicho Estado» (artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019)<sup>1133</sup>.

Por último, y no por ello menos importante, el factor más significativo que afecta a los guardias fronterizos invitados en cualquier modalidad de cooperación operativa es que «solo podrán desempeñar funciones y ejercer competencias *bajo las instrucciones de los guardias de fronteras (...) del Estado miembro de acogida (...) y, como regla general,*

---

<sup>1133</sup> En relación con el uso de armas en las distintas modalidades de cooperación operativa, actualmente solo se han desclasificado los Anexos Específicos de la Operación conjunta Tritón 2015 y de la Operación RABIT 2010. Pese a que durante dichas operaciones la normativa vigente era otra (Reglamento FRONTEX enmendado en 2007 y 2011), esta última contenía un precepto idéntico al actual artículo 82.8 del Reglamento GEFC 2019, el artículo 10 Reglamento FRONTEX 2004.

En el Anexo H del Plan Operativo de la Operación RABIT 2010 (Documento n° 15965 de 29 de octubre de 2010), denominado «Poderes ejecutivos de los oficiales invitados; armas, munición y equipo adicional; uso de armas y de la Fuerza», encontramos todas las disposiciones relevantes en materia de competencias ejecutivas de los miembros de los equipos de conformidad con el ordenamiento jurídico griego. Por ejemplo, en relación con las armas de servicio permitidas, el citado anexo establecía que «de acuerdo con las previsiones de las Leyes griegas n.º 2168/1993 y 3169/2003, los policías (personal de policía, guardas especiales y guardas de fronteras) pueden portar revólver y pistola semiautomática» (p. 2). Las condiciones para el uso de las mismas estaban debidamente reguladas conforme a la Ley griega 3169/2003, clasificándose los disparos en «intimidatorios», «contra objetos», «de inmovilización» y «eliminación», y estableciendo las circunstancias en que podían emplearse cada uno de ellos (pp. 8 y ss.). En cuanto al equipamiento permitido, siguiendo las previsiones de la Ley griega 3169/2003, se establecía una enumeración restringida a «esposas de metal y porras de goma. En cuanto a su uso, siguiendo las previsiones del artículo 9 de la Decisión del Ministerio de Orden Público n° 8517/4/7-μβ<sup>3</sup> de 17 de febrero de 2004 «el uso de la porra solo está permitido en los siguientes casos: por orden de un superior y en caso de defensa propia». Por su parte, las esposas solo podían ser utilizadas (artículo 119 de la misma Decisión del Ministerio de Orden Público) «si existe una sospecha de que la persona implicada intenta escapar (...)».

Mucho más restrictivo aparentemente era el Anexo relativo al uso de armas y de la fuerza de la Operación conjunta Tritón 2015 [Frontex, *Specific Annex of the Operational Plan. Joint Operation Triton 2015*, Doc. n° 2015/SBS/05, Varsovia, 23.05.2015: Annex 3 «Description of the tasks and specific instructions to guest officers and other participants (Rules of engagement) »]. En relación con el uso de las armas, llama la atención que el citado Anexo estableciera que el uso de las mismas en aguas internacionales era responsabilidad del Estado de pabellón del buque (por lo que entendemos que no se aplicaba el Derecho italiano en los buques con pabellón de otro Estado miembro participante en la operación), mientras que en aguas territoriales (se entiende que italianas, ya que era el Estado de acogida) «cualquier uso de las armas por parte de los agentes invitados está prohibido conforme al derecho nacional aplicable». En segundo lugar, en relación con el uso de la fuerza por parte de los agentes invitados, el citado Anexo establecía que «todos los Estados miembros deben evitar el uso de la fuerza excepto, y en la medida, que sea necesaria para asegurar la seguridad de sus unidades y cuando los participantes son obstruidos en el ejercicio de sus deberes». No obstante, «los equipos de interceptación y rescate tienen el derecho de usar todas las medidas disponibles para aplicar la fuerza que sea razonablemente necesaria para defenderse a sí mismos y a otros de un daño físico». Por otra parte, disponía que «si es necesario el uso de la fuerza para contrarrestar violencia o una oposición física, la intensidad, la duración y la extensión de la reacción será proporcional a la intensidad, la proximidad y la inmediatez de la amenaza». Eso sí, la última disposición no excluía el uso de la fuerza en defensa propia y cuando así lo dispone el Código Penal italiano que, en lo que aquí interesa, incluye una excepción cuando se trate de «*ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona. La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale gli presti assistenza. La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica*» (artículo 53 Codice Penale).

*en su presencia*» (artículo 82.4 Reglamento GEFC 2019)<sup>1134</sup>. El mismo esquema se repite en el apartado undécimo del artículo 82 Reglamento GEFC 2019, el cual dispone que «las decisiones por las que se deniegue la entrada de conformidad con el artículo 14 del Reglamento 2016/399 (...) las tomarán *exclusivamente los guardias de fronteras del Estado miembro de acogida* (...)»<sup>1135</sup>. Esta importante reserva a los guardias fronterizos del Estado miembro de acogida de la toma de decisiones relativas al control fronterizo se ve suavizada, sin embargo, con la posibilidad de que este último pueda «autorizar a miembros de los equipos a que actúen en su nombre». Esta posibilidad se prevé, de forma general, en relación con el desempeño de funciones y ejercicio de competencias por parte de los miembros de los equipos (artículo 82.4 Reglamento GEFC 2019) y, de forma específica, en relación con el uso de la fuerza (artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019) y respecto a las decisiones de denegación de entrada (artículo 82.11 Reglamento GEFC 2019)<sup>1136</sup>. A nuestro entender, la cláusula general del artículo 43.1 del Reglamento GEFC 2019, que establece la necesidad de instrucciones/presencia de los guardias fronterizos del Estado miembro de acogida para que los agentes invitados puedan ejercer funciones de control fronterizo (salvo autorización expresa), hacía innecesario reiterar el esquema en relación con el uso de la fuerza o de armas y con la denegación de entrada. No obstante, parece que el legislador de la Unión ha querido hacer hincapié en el requerimiento de instrucciones/presencia de los guardias fronterizos de acogida en determinadas potestades por las consecuencias desfavorables que pueden derivarse para terceros.

#### 4.3 Los derechos humanos como límite del ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos

En el ejercicio de sus potestades de vigilancia, los miembros de los equipos GEFC no solo se ven afectados por el régimen jurídico específico, nacional o europeo, relativo

---

<sup>1134</sup> En el mismo sentido, el artículo 43.1 Reglamento GEFC 2019 establece que «Durante el despliegue de los equipos (...), el Estado miembro de acogida (...) impartirá instrucciones a los equipos de conformidad con el plan operativo».

<sup>1135</sup> Es importante destacar que, conforme a lo expuesto en el Capítulo III, a las denegaciones de entrada derivadas de la vigilancia fronteriza no le son de aplicación las garantías del artículo 14 CFS 2016. Por lo que, *a priori*, los agentes invitados sí podrían llevar a cabo actuaciones de interceptación en presencia y bajo instrucciones de los guardias fronterizos de acogida.

<sup>1136</sup> Algunos autores afirman que la previsión específica y explícita en el apartado 11 de la posibilidad de autorizar a los miembros de los equipos a denegar la entrada puede ser interpretada, *sensu contrario*, como una imposibilidad de «delegar» la decisión sobre la admisión, siendo una potestad exclusiva de los guardias fronterizos del Estado miembro de acogida. En este sentido, *vid.* Lisa HECHL, *Protecting the rights of refugees beyond European borders*, cit., p. 164. No obstante, a nuestro entender, la cláusula general establecida en el apartado 3 permitiría autorizar a los miembros de los equipos para el ejercicio de cualquier función relativa al control de fronteras, incluida la autorización de entrada en el territorio.

al ejercicio de competencias ejecutivas, sino que también deben adecuar su conducta al acervo relativo a la protección y respeto a los derechos humanos. Este acervo se ve reflejado a la perfección en el artículo 82.3 Reglamento GEFC 2019, en virtud del cual «en el ejercicio de sus funciones y competencias, los miembros de los equipos respetarán el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional, así como los derechos fundamentales y la legislación nacional del Estado miembro de acogida».

Es necesario señalar que, aunque era evidente, la redacción originaria de este precepto en el Reglamento FRONTEX 2004 no incluía la referencia al respeto del Derecho Internacional ni de los derechos fundamentales<sup>1137</sup>. Sin embargo, la regulación actual es contundente al respecto, ya que en determinados preceptos desarrolla el compromiso relativo al respeto a los derechos fundamentales que de forma genérica se recoge en el mencionado artículo 82.3 Reglamento GEFC 2019. Concretamente, el artículo 43.4 Reglamento GEFC 2019 establece que «en el ejercicio de sus funciones y competencias, los miembros de los equipos respetarán plenamente los derechos fundamentales, incluido el acceso a procedimientos de asilo, y la dignidad humana (...). Al ejecutar sus funciones y ejercer sus competencias, no discriminarán a las personas por ningún motivo, y en particular por razón de sexo, raza, color (...) en consonancia con el artículo 21 de la Carta». En el mismo sentido, el artículo 80.1 Reglamento GEFC 2019 dispone que «La Guardia Europea de Fronteras y Costas garantizará la protección de los derechos fundamentales en la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento de conformidad con el Derecho de la Unión, especialmente la Carta, el Derecho Internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967, la Convención sobre los Derechos del niño y las obligaciones relacionadas con el acceso a la protección internacional, especialmente el principio de no devolución».

La evolución de la regulación de Frontex en materia de derechos humanos no es baladí ya que, en el ejercicio de sus funciones vigilancia, los guardias fronterizos pueden emplear la fuerza, utilizar armas de servicio, munición y otros equipos. Recordamos en este sentido la advertencia de MORENO LAX, según la cual «el riesgo de violación de derechos humanos es consustancial a cualquier uso de la fuerza. Las medidas coercitivas,

---

<sup>1137</sup> En concreto, el artículo 10.2 del Reglamento FRONTEX 2004 establecía que «En el ejercicio de sus funciones y competencias, los agentes invitados respetarán la legislación comunitaria y la legislación nacional del Estado miembro de acogida». No fue hasta 2011 cuando el precepto incluyó la mención expresa a los derechos fundamentales y al Derecho Internacional.

como la interceptación, son, por tanto, fuentes potenciales de vulneración de derechos humanos»<sup>1138</sup>. Dada su importancia, el estudio de la compatibilidad de las medidas de vigilancia adoptadas en el seno de una operación coordinada por la Agencia con el respeto a los derechos humanos de las personas interceptadas será objeto de un análisis independiente en el siguiente Capítulo.

#### 4.4 El régimen de responsabilidad de los miembros de los equipos

En relación con la responsabilidad derivada del ejercicio de sus funciones, los miembros de los equipos (tanto en el caso del personal estatutario de la Agencia GEFC como en el caso de personal no estatutario) están sometidos a un régimen complejo. Aunque el orden en el que a continuación se expondrán los distintos regímenes de responsabilidad no es el orden dogmático habitual, que aproximaría el régimen disciplinario y penal por compartir algunos de sus principios rectores (quedando al margen el régimen de responsabilidad civil), es el más idóneo si se tiene en cuenta el derecho aplicable. Como se comprobará a continuación, mientras la responsabilidad disciplinaria se rige por el derecho nacional del Estado miembro de origen del guardia fronterizo en cuestión (o el Estatuto de Funcionarios de la UE, en el caso del personal estatutario), los regímenes de responsabilidad civil y penal aplicables a un guardia fronterizo que provoque determinados daños en el ejercicio de sus competencias ejecutivas es del Estado miembro de acogida de la operación.

##### 4.4.1 El régimen de responsabilidad disciplinaria

En materia disciplinaria, el personal estatutario «estará sujeto a las medidas disciplinarias contempladas en el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a otros agentes y a las medidas de naturaleza disciplinaria previstas en el mecanismo de supervisión al que se refiere el artículo 55, apartado 5, letra a)» (artículo 43.6 Reglamento GEFC 2019)<sup>1139</sup>. Por su parte, el personal no estatutario «seguirá estando sujeto a las

---

<sup>1138</sup> Violeta MORENO LAX, *Accesing Asylum in Europe...*, cit., p. 187.

<sup>1139</sup> Artículo 55.5 a) Reglamento GEFC 2019: «El consejo de administración, a propuesta del director ejecutivo: a) creará un mecanismo de supervisión adecuado para el seguimiento de la aplicación de las disposiciones relativas al uso de la fuerza por el personal estatutario de la Agencia, incluidas normas relativas a la notificación y medidas específicas, también de carácter disciplinario, relativas al uso de la fuerza durante los despliegues». La falta de publicación de la mencionada decisión en la página web de la Agencia invita a pensar que la misma aún no ha sido adoptada. No obstante, entendemos que hasta su publicación continua en vigor la Decisión n.º 26/2018 del consejo de administración de la Agencia, de 25 de octubre de 2018, por la que se adoptan disposiciones de carácter general en relación con infracciones administrativas y procedimientos disciplinarios. Sobre esta cuestión volveremos en el Capítulo VIII.

medidas disciplinarias de su Estado miembro de origen» (artículo 43.5 Reglamento GEFC 2019).

En relación con estos últimos, en el Capítulo III se expuso, a título de ejemplo, el régimen disciplinario previsto para las autoridades nacionales competentes en materia de vigilancia en España (Guardia Civil). No obstante, cabe preguntarse qué sucedería en el caso de que miembros de los equipos procedentes de distintos Estados miembros llevaran a cabo una actuación de forma conjunta potencialmente constitutiva de infracción disciplinaria pero el régimen previsto en sus respectivos derechos nacionales no fuera coincidente. Ello podría provocar ciertos problemas de índole procedimental y sustantiva. En este sentido, quizás sería conveniente armonizar las legislaciones nacionales (y también el Estatuto de Funcionarios de la UE) en materia disciplinaria, de forma tal que se contemplaran las mismas infracciones y sanciones para todos los guardias fronterizos. Al respecto, cabe destacar que el artículo 43.5 Reglamento GEFC 2019 dispone que «En caso de violación de los derechos fundamentales o de las obligaciones en materia de protección internacional en el curso de cualquier actividad operativa de la Agencia, el Estado miembro de origen tomará las medidas adecuadas, disciplinarias o de otro tipo, de acuerdo con su Derecho nacional». Esta disposición podría interpretarse como un primer paso, aunque tímido, hacia la mencionada armonización ya que, en cierta forma, conmina a los Estados miembros a que contemplen en sus respectivos ordenamientos jurídicos las consecuencias de las vulneraciones de derechos fundamentales en materia de control fronterizo.

#### 4.4.2 El régimen de responsabilidad civil

Aunque disciplinariamente cada miembro del equipo responde ante su Administración de origen (Agencia GEFC o Estado miembro de origen), «mientras estén interviniendo en el Estado miembro de acogida, ese Estado será responsable, de conformidad con su Derecho nacional, de los daños y perjuicios que causen durante sus operaciones» (artículo 84.1 Reglamento GEFC 2019)<sup>1140</sup>. Así es como el Reglamento GEFC 2019 configura el régimen de responsabilidad extracontractual de los miembros de los equipos frente a terceros. La solución dada por el legislador europeo parece tener su

---

<sup>1140</sup> Entendemos que la responsabilidad extracontractual derivada de los daños y perjuicios provocados por los miembros de los equipos se atribuye al Estado miembro de acogida cuando los mismos se producen en el área de operaciones prevista en el plan operativo (incluido, por ejemplo, alta mar), y no solo cuando los mismos tengan lugar en el territorio (o mar territorial) de dicho Estado. Una interpretación amplia del precepto es la única compatible con el resto de la regulación prevista, porque, si no, quedarían sin indemnizar los daños causados, por ejemplo, en alta mar en el marco de la operación.

fundamento en la teoría clásica de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Recordamos que, al menos en el caso de España, para su apreciación es necesario que concurren tres elementos: la producción de una lesión antijurídica, que dicha lesión sea imputable a la Administración y la existencia de un nexo causal o vínculo entre dicha lesión y la actuación pública.

Centrándonos exclusivamente en la imputación del daño, tiene sentido que la lesión sea atribuida al Estado miembro de acogida si tenemos en cuenta que los miembros de los equipos precisan de la autorización del Estado miembro de acogida para el ejercicio de competencias ejecutivas en su territorio (artículo 82.2 Reglamento GEFC 2019), que solo podrán desempeñar funciones y ejercer competencias bajo las instrucciones y en presencia de los guardias de fronteras del Estado miembro de acogida (artículo 82.4 Reglamento GEFC 2019) y que el porte y uso de las armas reglamentarias, munición y equipamiento se ejercerá con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de acogida y en presencia de los guardias de dicho Estado (artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019).

Por tal motivo, y con carácter general, será el Estado miembro de acogida quien tenga que soportar el pago de las indemnizaciones. Solo en los casos en que los daños y perjuicios sean consecuencia de negligencia grave o dolo de los miembros de los equipos, el Estado miembro de acogida podrá dirigirse al Estado miembro de origen o a la Agencia GEFC (dependiendo de la procedencia del guardia fronterizo causante de los daños), para que le reembolse aquellas sumas que haya abonado a los perjudicados o a sus derechohabientes [artículo 84.2 Reglamento GEFC 2019]<sup>1141</sup>. Esta configuración de la acción de regreso coincide, en buena medida, con la prevista en el ordenamiento jurídico español, según el cual «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves (...)» [artículo 36.1 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

---

<sup>1141</sup> La acción de regreso viene regulada en el artículo 84.2 Reglamento GEFC 2019, el cual dispone que «Cuando tales daños y perjuicios sean consecuencia de negligencia grave o dolo de los miembros de los equipos enviados en comisión de servicios o desplegados por los Estados miembros, el Estado miembro de acogida podrá dirigirse al Estado miembro de origen para que le reembolse aquellas sumas que haya abonado a los perjudicados o a sus derechohabientes». Por su parte, en el caso de que los daños y perjuicios sean consecuencia de negligencia grave o dolo del personal estatuario de la Agencia, «el Estado miembro de acogida podrá solicitar a la Agencia que le reembolse las sumas que haya abonado a los perjudicados o a sus derechohabientes. Esto se entenderá sin perjuicio de cualquier recurso contra la Agencia que se interponga ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)]. La única diferencia es que en el caso del Reglamento GEFC 2019 la acción de regreso se ejerce contra el Estado miembro de origen o contra la Agencia GEFC, no contra el miembro del equipo causante del daño. Habrá que estar a lo dispuesto en los derechos nacionales y en el Derecho de la Unión para ver si, con posterioridad, el Estado miembro de origen o la Agencia GEFC pueden ejercer una segunda acción de regreso directa contra el guardia fronterizo en cuestión. En el caso de España, el hecho de que el régimen jurídico de la acción de regreso contra el funcionario coincida con el régimen jurídico de la acción de regreso del Estado miembro anfitrión con respecto al de acogida o la Agencia (siendo necesaria la existencia de dolo o negligencia grave) provoca que, en la práctica, siempre que el guardia fronterizo español provoque daños en el Estado miembro de acogida mediando culpa o negligencia grave, pueda acabar respondiendo por sus actuaciones. Ello sin perjuicio de que, conforme al artículo 84.1 Reglamento GEFC 2019, primero responda el Estado miembro anfitrión, posteriormente, en virtud del artículo 84.2 Reglamento GEFC 2019, se produzca el reembolso de la indemnización por parte de España y, solo en tercer lugar, la acción de regreso se dirija contra el guardia fronterizo español (artículo 36.1 LRJSP).

En lo relativo a la responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios causados por el personal estatutario de la Agencia GEFC, cabe destacar que el artículo 97 Reglamento GEFC 2019 dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 84 y 85, la Agencia será responsable de cualquier actividad que haya llevado a cabo de conformidad con el presente reglamento». En particular, el artículo 97.4 Reglamento GEFC 2019 establece que «En el caso de la responsabilidad no contractual, la Agencia, de conformidad con los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, deberá reparar los daños y perjuicios causados por sus servicios o por su personal en el ejercicio de sus funciones, *incluidos los relacionados con el ejercicio de sus competencias ejecutivas*»<sup>1142</sup>. Una lectura aislada de este precepto, concretamente del último inciso relativo a las «competencias ejecutivas», haría pensar que la Agencia GEFC responde extracontractualmente por los daños y perjuicios que causen sus funcionarios en el seno de una cooperación operativa. Es más, el hecho de que se haya

---

<sup>1142</sup> El precepto trae causa del artículo 340 2º TFUE, en virtud del cual «En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». No obstante, como se destaca en texto, hay diferencias sustanciales entre este último y el régimen especial establecido en el Reglamento GEFC 2019 que merecen especial atención.



modificado la estructura general del precepto relativo a la responsabilidad extracontractual de la Agencia con respecto al régimen general establecido en el artículo 340. 2º TFUE y a los preceptos homólogos de las regulaciones de otras agencias refuerza esta postura<sup>1143</sup>. El inciso destacado fue incluido por el Parlamento Europeo en lo que parece un intento por conseguir que la Agencia GEFC respondiera por todas las actuaciones de sus agentes, independientemente de que existiera ya un régimen especial previsto para determinados casos<sup>1144</sup>. No obstante, teniendo en cuenta el resto del articulado parece imposible materializar el intento. No podemos olvidar que el artículo 84 Reglamento GEFC 2019 establece que el Estado miembro de acogida de una operación es quien responde extracontractualmente por los daños y perjuicios causados por los miembros de los equipos (incluidos los del personal estatutario de la Agencia GEFC) durante sus operaciones.

Ante esta aparente contradicción caben dos interpretaciones. La primera es entender que nos encontramos ante una responsabilidad concurrente de la Agencia y el Estado miembro de acogida por los daños y perjuicios causados durante la cooperación operativa por los miembros del personal estatutario. La segunda opción pasa por afirmar que existen dos reglas en materia de responsabilidad extracontractual en lo que respecta al ejercicio de competencias ejecutivas por parte del personal estatutario de la Agencia, una «general» y otra «especial». La regla general sería la del artículo 97 Reglamento GEFC 2019 y la regla especial la del artículo 84 Reglamento GEFC 2019. Es decir, en el caso de que las competencias ejecutivas fueran ejercidas en el seno de una cooperación operativa en un Estado miembro, respondería extracontractualmente dicho Estado. En el resto de supuestos, respondería extracontractualmente la Agencia GEFC.

---

<sup>1143</sup> Mientras que el artículo 72.2 del Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos dispone que «En materia de responsabilidad extracontractual, la Agencia deberá reparar los daños causados por ella o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros», el artículo 97.3 Reglamento GEFC 2019 establece que «En el caso de la responsabilidad no contractual, la Agencia, de conformidad con los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, deberá reparar los daños y perjuicios causados por sus servicios o por su personal en el ejercicio de sus funciones, *incluidos los relacionados con el ejercicio de sus competencias ejecutivas*»..

<sup>1144</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común n.º 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2018)0631 – C8-0406/2018 – 2018/0330A(COD)].

Teniendo en cuenta los factores concurrentes, parece que debería descartarse la primera de estas interpretaciones. En primer lugar, desde el punto de vista material, resultaría llamativo que la Agencia GEFC fuera responsable (o corresponsable) de lo que hacen sus funcionarios cuando actúan bajo las instrucciones de otro sujeto (el Estado miembro de acogida), autorizados por otro sujeto (el Estado miembro de acogida), en presencia de otros agentes (los del Estado miembro de acogida) y en aplicación de otro Derecho (el del Estado miembro de acogida). En segundo lugar, si se tratara de una responsabilidad concurrente de varias Administraciones, el legislador de la Unión Europea debería haber concretado o llamado a concretar el régimen jurídico aplicable (por ejemplo, ante qué Administración se solicitaría la responsabilidad extracontractual, qué criterios de cuantificación de daños se emplearían o si la Agencia y el Estado miembro responderían solidaria o subsidiariamente, entre otras cuestiones). En tercer lugar, si existiera una responsabilidad concurrente entre el Estado miembro de acogida y la Agencia por los daños y perjuicios causados por el personal estatutario en el ejercicio de competencias ejecutivas, también debería existir una responsabilidad concurrente entre el Estado miembro de acogida y el Estado miembro de origen por los daños causados por el personal no estatutario, cosa que no contempla el Reglamento. En cuarto lugar, el hecho de que el artículo 84.2 Reglamento GEFC 2019 establezca que el Estado miembro de acogida únicamente puede solicitar a la Agencia el reembolso de las cantidades pagadas en concepto de responsabilidad patrimonial si el personal estatutario ha obrado con dolo y negligencia, parece descartar la opción de la existencia de una responsabilidad concurrente entre dicho Estado y la Agencia GEFC cuando no exista dolo o negligencia. Por último, no puede obviarse que el artículo 97 Reglamento GEFC 2019 regula la responsabilidad de la Agencia «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 84 y 85».

Todos estos argumentos nos llevan a avalar la tesis de que lo que plantea el Reglamento GEFC 2019 es una regla general en materia de responsabilidad extracontractual del personal estatutario de la Agencia GEFC (artículo 97 Reglamento GEFC 2019) y una regla especial para aquellos casos concretos en los que dicho personal se encuentre en el seno de una cooperación operativa en un Estado miembro (artículo 84 Reglamento GEFC 2019). De hecho, la incorporación de una regla especial podría entenderse como una consecuencia de la situación particularmente novedosa que se crea en el ámbito de la Unión por la posibilidad de que funcionarios de la Unión Europea se pongan a disposición de un Estado miembro para el ejercicio de competencias ejecutivas.

Pese a todo ello, hay argumentos suficientes para defender, en lo que interesa a este trabajo, que en el caso de daños y perjuicios producidos por personal estatutario de la Agencia GEFC en el seno de una cooperación operativa, quien debe responder extracontractualmente es el Estado de acogida de la operación.

#### 4.4.3 El régimen de responsabilidad penal

Al igual que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en materia de responsabilidad penal, cuando los miembros de los equipos se encuentren desempeñando funciones en el Estado miembro de acogida, recibirán el mismo trato que los funcionarios de este último en lo relativo a las infracciones penales que puedan cometer (artículo 85 Reglamento GEFC 2019). No obstante, al contrario de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en materia penal el legislador de la Unión Europea ha restringido la aplicación del derecho penal del Estado miembro de acogida a aquellos miembros de los equipos que se encuentren en su «territorio». Ello tiene su fundamento, seguramente, en el principio general de territorialidad de la ley penal. A pesar de ello, habría que tener en cuenta que determinados ordenamientos jurídicos nacionales, como el español, contemplan excepciones a dicha territorialidad por la concurrencia de otros principios como el principio personal o de la nacionalidad (artículo 23.2 LOPJ), el principio real o de protección de intereses (artículo 23.3 LOPJ) y el principio de universalidad o de justicia universal o mundial (artículo 23.4 LOPJ)<sup>1145</sup>.

#### 4.4.4 Responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos

---

<sup>1145</sup> Cabe señalar, sin embargo, que con la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, este último principio ha quedado muy limitado. Tras la mencionada reforma, la parte del artículo 23.4 LOPJ que podría resultar aplicable a las actuaciones objeto de análisis en este capítulo sería la siguiente: «(...) Será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) d) Delitos (...) contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte». Piénsese, por ejemplo, en el delito que pudiera cometer contra la seguridad marítima (v.g. en materia de salvamento) un guardia fronterizo italiano que se encuentra en alta mar en el seno de una cooperación operativa hospedada por España. Cabe preguntarse en este caso si España, de conformidad con el artículo 23.4 LOPJ, sería competente para conocer los hechos o si, dada la limitación territorial del artículo 85 Reglamento GEFC 2019, debería abstenerse de ello. En principio, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, debería inaplicarse el citado precepto de la LOPJ, aunque ello pudiera resultar perjudicial para la víctima del presunto delito cometido por el guardia fronterizo italiano en alta mar. En definitiva, las garantías del Derecho Penal (en este caso el principio de territorialidad de la ley penal) juegan al favor del reo, no de la víctima.

Como adelantamos en el Capítulo III, conviene tener en cuenta a los efectos de este estudio el valor hermenéutico del Proyecto sobre responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos (ARI) en lo que respecta a la atribución de una conducta a un determinado Estado. En este sentido, recordamos que en virtud del artículo 4.1 ARI «Se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de todo órgano del Estado (...)». No obstante, dado que los equipos GEFC están constituidos tanto por guardias fronterizos de los Estados miembros como por personal estatutario de la Agencia GEFC, también es necesario hacer referencia a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 66/100, relativa a la Responsabilidad de las organizaciones internacionales, aprobada el 9 de diciembre de 2011 (en adelante, ARIO).

En un primer momento, el Derecho Internacional consideró que los Estados eran los únicos sujetos con personalidad jurídica internacional. Sin embargo, como apunta GALLO COBIÁN, esta concepción comenzó a evolucionar a raíz de la proliferación de las organizaciones internacionales tras la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de los procesos de integración y cooperación internacional<sup>1146</sup>. Dado que «la Organización internacional es un sujeto de Derecho Internacional ligado en cuanto tal por todas las obligaciones que le imponen las reglas generales de Derecho Internacional, su acta constitutiva o los acuerdos internacionales de las que son parte (...)»<sup>1147</sup>, el artículo 3 ARIO establece que «Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional».

De forma análoga al artículo 2 ARI, el artículo 4 ARIO establece que «Hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible a esa organización según el Derecho Internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional de esa organización». Como consecuencia, al igual que sucede con los Estados, para considerar ilícita una conducta de una organización internacional es necesaria tanto la violación de una obligación internacional como que dicha violación sea atribuible a la organización. A los efectos de este trabajo, la regla de atribución más relevante viene recogida en el artículo 6.1 ARIO, conforme al cual «El comportamiento de un órgano o de un agente de

---

<sup>1146</sup> Virginia GALLO COBIÁN, «El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional», *RJUAM*, n.º 16, 2007-II, p. 72.

<sup>1147</sup> Corte Internacional de Justicia, Dictamen sobre interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre Egipto y la OMS, de 20 de diciembre de 1980, pp. 89-80.

una organización internacional en el ejercicio de sus funciones se considerará hecho de esa organización según el Derecho Internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente en relación con la organización». De manera equivalente a lo interpretado respecto al término «órgano» del artículo 4 ARI, la Comisión de Derecho Internacional aclara que «La distinción entre órganos y agentes no parece pertinente a los efectos de la atribución de un comportamiento a una organización internacional. El comportamiento tanto de los órganos como de los agentes es atribuible a la organización»<sup>1148</sup>. Si trasladamos esta interpretación al ámbito objeto de estudio, la consecuencia es que las actuaciones del personal estatutario de la agencia, los cuales entendemos que tienen la consideración de agentes en el sentido del artículo 6 ARIO, son atribuibles a la Unión Europea<sup>1149</sup>.

De acuerdo con lo analizado hasta el momento, en principio, de conformidad con el artículo 4.1 ARI, las actuaciones de los guardias fronterizos de los Estados miembros participantes en una operación coordinada por la Agencia GEFC serían atribuibles a su Estado miembro de origen. De la misma forma, en virtud del artículo 6.1 ARIO, las actuaciones del personal estatutario de la Agencia GEFC con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo serían atribuibles a la Unión Europea. No obstante, es necesario tener en cuenta el artículo 6 ARI, cuyo contenido e interpretación fueron analizados en el Capítulo III. De conformidad con este último, «Se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra». Si bien es cierto que, dado que el precepto únicamente se refiere a la puesta a disposición de un órgano por otro Estado (no por una organización internacional), el mismo únicamente sería aplicable respecto a los guardias fronterizos de los Estados miembros participantes (no respecto al personal estatutario de la Agencia GEFC), es necesario determinar si el artículo 6 ARI resultaría aplicable a las operaciones objeto de análisis en este Capítulo. Es decir, resulta necesario determinar si, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, la

---

<sup>1148</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009) [A/CN.4/SER.A/2009/Add.1 (Part 2)], p. 36.

<sup>1149</sup> Sobre la consideración del personal estatutario como agente en el sentido del artículo 6 ARIO sirva con citar el artículo 43.6 Reglamento GEFC 2019, de conformidad con el cual «El personal estatutario desplegado como miembro de los equipos estará sujeto a las medidas disciplinarias contempladas en el *Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes* y a las medidas de naturaleza disciplinaria previstas en el mecanismo de supervisión a que se refiere el artículo 55, apartado 5, letra a)».

conducta de los guardias fronterizos de los Estados miembros participantes en una operación coordinada por la Agencia GEFC resultaría atribuible a su Estado de origen (en aplicación del artículo 4 ARI) o al Estado miembro de acogida (artículo 6 ARI).

Puesto que, como venimos adelantando, la Resolución de la AG sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos está siendo empleada en este trabajo a título hermenéutico, la solución a esta cuestión será abordada en el Capítulo VIII en relación con la aplicabilidad del CEDH a las operaciones coordinadas por la Agencia GEFC.

## **5. LOS AGENTES DE COORDINACIÓN**

Antes de la aprobación del Reglamento GEFC 2019, teniendo en cuenta sus funciones y potestades, el representante más importante del personal de la Agencia en las operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas era el Agente de Coordinación, figura creada en 2007 a través del Reglamento FRONTEX 2007. De hecho, hasta la incorporación del personal estatutario al cuerpo permanente, el Agente de Coordinación era el único funcionario de la Unión presente durante las operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas<sup>1150</sup>.

El Agente de Coordinación, nombrado por el director ejecutivo<sup>1151</sup>, constituye el medio a través del cual la Agencia GEFC, por una parte, comunica al Estado miembro de acogida sus opiniones sobre las instrucciones emitidas a los equipos GEFC y, por otra, recaba información sobre si dichas instrucciones se ajustan al plan operativo (artículo 43, apartados 2 y 3, Reglamento GEFC 2019).

En relación con este último extremo, y para entender adecuadamente su importancia, hay que señalar que, en el caso de que el Agente de Coordinación comunique a la Agencia GEFC un desajuste entre las instrucciones y el plan operativo, el director ejecutivo podrá suspender la operación, concluirla o retirar la financiación (artículo 46.3 Reglamento GEFC 2019). Junto con esta posible consecuencia, ya prevista en la regulación anterior, y como novedad, a la simple comunicación de desajustes entre plan

---

<sup>1150</sup> El artículo 95.4 Reglamento GEFC 2019 establece que «solo podrá ser designado agente de coordinación (...) un miembro del personal de la Agencia sujeto al Estatuto [de los funcionarios de la Unión Europea] o al título II del régimen aplicable a otros agentes».

<sup>1151</sup> En virtud del artículo 44.2 Reglamento GEFC 2019 «El director ejecutivo nombrará a uno o varios expertos del personal estatutario para su despliegue como agentes de coordinación de cada operación conjunta o intervención fronteriza rápida. El director ejecutivo comunicará este nombramiento al Estado miembro de acogida».

operativo e instrucciones del Estado miembro de acogida al director ejecutivo, se añade ahora también la posibilidad de que sea el propio Agente de Coordinación quien recomiende la adopción de alguna de tales medidas del artículo 46.3 Reglamento GEFC 2019 [artículo 44.3.d) Reglamento GEFC 2019].

En definitiva, sintetizando las funciones recogidas en el artículo 44 Reglamento GEFC 2019, SOLER GARCÍA señala que «este agente actúa como interfaz entre la Agencia, el Estado miembro de acogida y los miembros de los equipos desplegados, supervisando la correcta aplicación del plan operativo»<sup>1152</sup>.

Uno de los aspectos más importantes de la labor del Agente de Coordinación es que, al supervisar la correcta ejecución del plan operativo, monitoriza también el cumplimiento de la normativa de protección de los derechos fundamentales. Para ello contará con la asistencia y el asesoramiento de al menos un observador de los derechos fundamentales, lo que supone una novedad añadida por la regulación del año 2019<sup>1153</sup>.

Para MORENO LAX, el hecho de que durante el despliegue los guardias fronterizos reciban instrucciones del Estado miembro de acogida, pero queden sujetos a las medidas disciplinarias de su Estado de origen y deban tener en cuenta las opiniones del Agente de Coordinación complican la dirección, el control y la imputación de responsabilidad por las violaciones de derechos fundamentales cometidas durante las operaciones<sup>1154</sup>. Piénsese, por ejemplo, en casos en los que un miembro del equipo desoye las instrucciones del Estado miembro de acogida por entenderlas contrarias a las opiniones del Agente de Coordinación. Cabe preguntarse si en este caso su Estado miembro de origen podría exigirle responsabilidad disciplinaria o, en el caso de que la desobediencia produjera daños, si la acción de regreso del Estado miembro de acogida se dirigiría contra el Estado miembro de origen o contra la Agencia GEFC, al servicio de la cual se encuentra el Agente de Coordinación.

---

<sup>1152</sup> Carolina SOLER GARCÍA, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un avance respecto a Frontex?, Una valoración provisional», cit., p. 24.

<sup>1153</sup> Los observadores de los derechos fundamentales (empleados como miembros del personal estatutario) «evaluarán permanentemente el cumplimiento de los derechos fundamentales en las actividades operativas, prestarán asesoramiento y asistencia a este respecto y contribuirán a la promoción de los derechos fundamentales como parte de la gestión europea integrada de las fronteras». Su superior jerárquico es el Agente de Derechos Fundamentales.

<sup>1154</sup> Violeta MORENO LAX, *Accessing asylum in Europe...*, cit., pp. 186-187.

## 6. LOS MEDIOS TÉCNICOS A DISPOSICIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN MATERIA DE VIGILANCIA FRONTERIZA

### 6.1 Concepto y régimen posesorio de los equipos técnicos

A los efectos de este trabajo, entenderemos que los equipos técnicos están constituidos por los recursos marítimos (patrulleras de altura, patrulleras costeras o buques de interceptación), aéreos (aeronaves, helicópteros, drones) y terrestres (vehículos de termovisión, coches patrulla, cámaras térmicas, etc.) desplegados por la Agencia GEFC o los Estados miembros participantes durante operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas. No obstante, como apunta FINK, la mayoría de estos equipos técnicos no son recursos físicos que se encuentren realmente a disposición de la Agencia GEFC, sino las cifras que los Estados miembros se comprometen por escrito a poner a su disposición durante un determinado periodo de tiempo<sup>1155</sup>. Como consecuencia, durante años se ha venido produciendo un desajuste considerable entre las cifras negociadas y los recursos realmente disponibles. En este sentido se manifestaba la Comisión cuando denunciaba que «Las carencias constatadas en los informes anteriores persisten (...), se necesitan contribuciones de los Estados miembros para reforzar de manera eficaz y sostenible la capacidad global de los Estados miembros de acogida a fin de proteger eficazmente las fronteras exteriores de la UE»<sup>1156</sup>.

Según RIJPM, Frontex tenía capacidad para adquirir su propio equipamiento desde las enmiendas llevadas a cabo en su regulación en el año 2007<sup>1157</sup>. No obstante, el Reglamento FRONTEX 2004 ya disponía que «La Agencia pod[ía] adquirir equipo técnico de control y vigilancia de las fronteras exteriores para que lo utilicen sus expertos mientras estén destacados en el Estado o Estados miembros de que se trate» (artículo 8.3 Reglamento FRONTEX 2004). En el mismo sentido, el artículo 3 Reglamento FRONTEX 2004 establecía que la Agencia «Podr[ía] decidir asimismo poner *su* equipo técnico a disposición de los Estados miembros que participen en las operaciones conjuntas o en los proyectos piloto», de lo que se deducía que la Agencia podía contar con equipo técnico propio. De una lectura conjunta de los artículos 3 y 8.3 del Reglamento

---

<sup>1155</sup> Melanie FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in «Multi-Actor Situations» under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford University Press, 2018, p. 51.

<sup>1156</sup> Comisión Europea, *Quinto informe sobre la puesta en marcha de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*, de 6 de septiembre de 2017 [COM (2017) 467 final], p. 2.

<sup>1157</sup> Jorrit RIJPM, «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», cit., p. 17.



FRONTEX 2004 se deduce que, desde su mismo nacimiento, Frontex tenía la posibilidad de adquirir su propio equipamiento, cosa distinta es que no materializara esta posibilidad y simplemente se limitara a gestionar el equipo técnico de control y vigilancia que los Estados miembros pusiesen a disposición de otros Estados miembros que lo solicitasen (función contemplada en el artículo 7 Reglamento FRONTEX 2004).

El desarrollo de los preceptos relativos a los equipos técnicos llegó con las enmiendas del año 2011, las cuales establecieron un completo régimen jurídico de los equipos técnicos desplegados durante las operaciones coordinadas por la Agencia. La mayor parte de dicho régimen se ha mantenido hasta la actualidad, aunque en el Reglamento GEFC 2016 se reforzó la capacidad de la Agencia para disponer de sus propios recursos y de los comprometidos por los Estados miembros. No obstante, el régimen de contribuciones a los medios técnicos de la Agencia ha sufrido un cierto estancamiento en la regulación de 2019, ya que el nuevo Reglamento no ha introducido ningún cambio significativo con respecto a la regulación de 2016, en claro contraste con lo acontecido respecto a los medios humanos.

El artículo 63.2 Reglamento GEFC 2019 establece que, sobre la base de una propuesta del director ejecutivo de la Agencia avalada por la Comisión, el consejo de administración adoptará una estrategia plurianual global sobre la forma en que se prevé que se desarrollen las capacidades técnicas de la Agencia GEFC.

Actualmente, los medios propios que la Agencia GEFC despliega durante las distintas modalidades de cooperación operativa pueden haber sido adquiridos (como plena propietaria o en régimen de copropiedad con un Estado miembro) o arrendados (artículo 63.1 Reglamento GEFC 2019). En todos los casos, el equipo técnico en cuestión debe ser registrado en un Estado miembro conforme a la legislación aplicable en dicho Estado (artículo 63.4 Reglamento GEFC 2019). Mediante un acuerdo bilateral entre la Agencia y el Estado miembro en el que esté registrado el equipo técnico, se acordarán unas condiciones que garanticen la operabilidad del equipamiento. Concretamente, en el caso de activos en copropiedad, las citadas condiciones especificarán los periodos de plena disponibilidad de los activos por parte de la Agencia (artículo 63.5 Reglamento GEFC 2019). En el caso de que los equipos técnicos sean propiedad exclusiva de la

Agencia GEFC, se pondrán a su disposición cuando lo solicite, sin que quepa realizar ningún tipo de excepción (artículos 63.6 y 64.2 Reglamento GEFC 2019)<sup>1158</sup>.

## 6.2 Los contingentes de equipos técnicos: modalidades y despliegue.

Siguiendo la estructura prevista para los equipos humanos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas del Reglamento GEFC 2016, actualmente los equipos técnicos están constituidos por distintos tipos de contingentes dependiendo de si los medios se destinan a una operación conjunta o si nos encontramos ante una intervención fronteriza rápida. Además, el esquema de contribución, despliegue y excepciones también es prácticamente idéntico a la de los equipos GEFC (humanos) de la regulación anterior.

En primer lugar, en las operaciones conjuntas se despliega el contingente de equipos técnicos estándar. La contribución de los Estados miembros a este contingente destinado a operaciones específicas previstas con suficiente antelación se planifica mediante negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia GEFC y los Estados miembros (artículo 64.9 Reglamento GEFC 2019). Este contingente de equipos técnicos estándar contendrá los equipos mínimos que considere necesario la Agencia (artículo 64.7 Reglamento GEFC 2019)<sup>1159</sup>.

En segundo lugar, en relación con las intervenciones fronterizas rápidas, el Reglamento GEFC 2016 introdujo el contingente de reacción rápida, el cual contiene un número limitado de equipos necesarios para posibles intervenciones fronterizas rápidas (artículo 64.8 Reglamento GEFC 2019). Esta modalidad de contingente sigue la línea del contingente de reacción rápida de los equipos de la GEFC (humanos) creados en 2016 (actual Categoría 4). Sin embargo, llama la atención que en este caso la decisión de la contribución de los Estados miembros depende de negociaciones y acuerdos bilaterales, en lugar de ser fijada por el consejo de administración de la Agencia GEFC, como ocurría en el caso de los recursos humanos. Ya en 2016, esta circunstancia provocó que determinados autores denunciaran que la regulación del despliegue de los equipos

---

<sup>1158</sup> Coincidimos con FERNÁNDEZ ROJO en que «el Reglamento 2019/1896 no diseña detalladamente las estructuras y la experiencia operativa necesaria para que la Agencia sea capaz de administrar eficazmente su propio equipamiento» [David FERNÁNDEZ ROJO, «Los poderes ejecutivos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 60, 2020, pp. 181-185. Disponible en: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i60.2020.3385> (Consultado por última vez el 06/08/2020)].

<sup>1159</sup> En virtud del artículo 64.16 Reglamento GEFC 2019, «La Agencia financiará en su totalidad el despliegue de los equipos técnicos que formen parte de la cantidad mínima de componentes de los equipos técnicos aportada por un Estado concreto para un determinado año».

técnicos en intervenciones fronterizas rápidas era considerablemente más «débil» que la relativa a los recursos humanos. Según RIJPM, al igual que en los equipos GEFC (humanos), se debería haber introducido entonces una distinción entre el método ideado para decidir las contribuciones nacionales al contingente de reacción rápida y a las operaciones conjuntas<sup>1160</sup>.

### 6.3 Alcance de las obligaciones de contribución de los Estados a los contingentes

Al igual que sucedía con los equipos GEFC (humanos) en la regulación de 2016, los Estados miembros pueden alegar que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en relación con sus contribuciones de equipos técnicos podría afectar «de manera sustancial al desempeño de sus funciones nacionales» (artículo 64.9 Reglamento GEFC 2019). Apelar a esta circunstancia mediante el procedimiento establecido en el Reglamento los exime de cumplir los acuerdos y negociaciones bilaterales con la Agencia<sup>1161</sup>. No obstante, siguiendo el régimen anterior de contribuciones a los recursos humanos de la GEFC, esta excepción únicamente está contemplada en relación con el contingente estándar, destinado a operaciones conjuntas. Por el contrario, cuando se trata de intervenciones fronterizas rápidas o cuando se trata de la intervención directa de la Agencia GEFC en un Estado (*vid. infra*, Capítulo IX), «los Estados miembros no podrán invocar la situación excepcional a que se refiere el apartado 9» (artículo 64.14 Reglamento GEFC 2019). Tampoco podrán hacerlo cuando se trate de equipos técnicos que sean propiedad exclusiva de la Agencia GEFC, independientemente de su destino y de que estén registrados en un Estado miembro.

La introducción de estas limitaciones permitía afirmar que el Reglamento GEFC 2016 fortaleció la capacidad de la Agencia GEFC para disponer de sus propios recursos y de los comprometidos por los Estados miembros. No obstante, teniendo en cuenta que las contribuciones a los medios humanos por parte de los Estados miembros han sido objeto de una auténtica revolución en la regulación del año 2019, actualmente el desfase entre estos últimos y los medios técnicos es considerable desde la perspectiva de la obligatoriedad de las contribuciones.

---

<sup>1160</sup> Jorrit RIJPM, «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external in external border management», cit., p. 17.

<sup>1161</sup> Así lo establece el artículo 64.9 Reglamento GEFC 2019, conforme al cual «(...) Si un Estado miembro invoca dicha situación excepcional, expondrá pormenorizadamente los motivos y la información sobre la situación en un escrito dirigido a la Agencia cuyo contenido se incluirá en el informe al que se refiere el artículo 64, apartado 1».

## **CAPÍTULO VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE VIGILANCIA FRONTERIZA COORDINADAS POR LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS**

### **1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Tal y como refleja la sistemática utilizada en este trabajo, el mandato de vigilancia de las fronteras exteriores contenido en el artículo 13 CFS 2016 puede ser ejecutado de tres formas: a través de las actuaciones de vigilancia llevadas a cabo individualmente por los Estados miembros en la sección de las fronteras exteriores del Espacio Schengen que se encuentren bajo su responsabilidad (Bloque II); mediante la cooperación operativa entre Estados miembros llevada a cabo bajo la coordinación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Bloque III); y a través de la intervención directa de la GEFC en las fronteras exteriores de los Estados miembros (Bloque IV).

Pues bien, al contrario de lo que sucede cuando los Estados miembros ejecutan el mandato del artículo 13 CFS 2016 de forma unilateral o autónoma en sus respectivas fronteras (Bloque II), cuando estos actúan en el seno de una cooperación operativa en el ámbito marítimo coordinados por la Agencia GEFC (Bloque III), el Derecho de la Unión ha previsto la aplicación de un régimen jurídico específico, común y armonizado. Dicho régimen jurídico, que conjuga medidas de interceptación, salvamento y desembarco, se encuentra recogido en el Reglamento (UE) n.º 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (actualmente, la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas) [Reglamento Vigilancia Marítima]. El hecho de que el legislador europeo haya previsto un régimen jurídico común para las operaciones conjuntas de vigilancia desarrolladas en el ámbito marítimo se atribuye a la importancia que estas últimas han cobrado recientemente en los ámbitos político, social e institucional. Sirva como ejemplo que de las cinco operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia GEFC actualmente en activo, cuatro de ellas se desenvuelven en el ámbito marítimo: *Poseidón* (Grecia), *Indalo* (España), *Minerva* (España) y *Themis* (Italia)<sup>1162</sup>. No obstante,

---

<sup>1162</sup> Información disponible en: <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/main-operations/operations-minerva-indalo-spain/> [Consultado por última vez el 16 de abril de 2020].

tal y como ya se ha señalado con anterioridad, no podemos olvidar que el mar no es la principal vía de entrada de los inmigrantes irregulares. La fuente principal de inmigración irregular en la Unión Europea son aquellas personas que, entrando con un permiso temporal, generalmente a través de aeropuertos internacionales, prolongan su estancia por más tiempo del autorizado. De lo anterior algunos autores infieren que la Unión Europea ha empleado desproporcionadamente sus esfuerzos operativos en las fronteras marítimas<sup>1163</sup>. Sin embargo, teniendo que de la duración de las estancias es una circunstancia cuyo control corresponde a los Estados miembros, no debe extrañar que la Unión haya focalizado sus esfuerzos en las llegadas irregulares por vía marítima.

El objetivo de este Capítulo es analizar pormenorizadamente el origen, el contenido y las consecuencias de la existencia del Reglamento Vigilancia Marítima con la finalidad de dilucidar si sería conveniente extender su ámbito de aplicación a las actuaciones de vigilancia analizadas en el Bloque II, es decir, a las realizadas por los Estados miembros unilateralmente y reguladas, casi íntegramente, por sus respectivos ordenamientos nacionales. En este sentido, conviene recordar las conclusiones extraídas en dicho bloque en relación con los perjuicios para la seguridad jurídica y la protección de los derechos humanos que se derivan de la aplicación de regulaciones estatales incompletas, heterogéneas y asistemáticas en materia de vigilancia fronteriza. Por motivos que se desvelarán con posterioridad, actualmente el Reglamento Vigilancia Marítima no es aplicable a las actuaciones de vigilancia llevadas a cabo unilateralmente por los Estados miembros. No obstante, son numerosos los autores que defienden la conveniencia de extender su ámbito de aplicación<sup>1164</sup>. Postura que se ve reforzada por el hecho de que este Reglamento «crea una base jurídica de Derecho comunitario para el ejercicio de una serie de poderes necesarios para una aplicación eficaz del artículo 12 CFS [actualmente artículo 13 CFS 2016] (...)»<sup>1165</sup> y de que la gestión de las fronteras

---

<sup>1163</sup> Violeta MORENO LAX, «The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The «Rescue Through- Interdiction/ Rescue Without Protection» Paradigm», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 56, 2018, p. 122.

<sup>1164</sup> Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad de las Fronteras Marítimas, ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 41, 2012, p. 84; Francina ESTEVE, «The search and rescue task coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) regarding surveillance of external maritime borders», *Paix et Securite Internationales*, n.º 5, 2017, pp. 111 y 112 y Martin DEN HEIJER, «How the Frontex Sea Borders Regulation avoids the hot potatoes» (Conference Proceedings), *Biennial Conference European Union Studies Association (EUSA)*, March 2015, [Disponible en: <http://aei.pitt.edu/78991/> (Consultado por última vez el 27 de marzo de 2020)].

<sup>1165</sup> Propuesta de decisión del Consejo por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa

exteriores es actualmente una responsabilidad compartida entre las autoridades nacionales competentes y la Agencia de la GEFC<sup>1166</sup>. Como con total acierto ha indicado MARINAI que «en este escenario, limitar la aplicación de normas uniformes de interceptación, salvamento y desembarque únicamente a las operaciones de Frontex es inaceptable»<sup>1167</sup>.

## **2. LA DECISIÓN 2010/252/UE DEL CONSEJO: EL ORIGEN DEL REGLAMENTO VIGILANCIA MARÍTIMA**

### **2.1 El contenido de la Decisión 2010/252/UE del Consejo**

En el año 2007 la Comisión Europea llevó a cabo un estudio en el que se analizaba el marco jurídico internacional aplicable a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la Unión y los obstáculos para su aplicación efectiva<sup>1168</sup>. Sobre la base de dicho estudio, la Comisión encargó a un grupo informal de trabajo integrado por expertos de los Estados miembros, Frontex, ACNUR y la OMI que elaborasen unas directrices para las operaciones marítimas de Frontex. Aunque se llegó a adoptar un documento titulado «Directrices para las operaciones marítimas de Frontex», los participantes no llegaron a un acuerdo sobre aspectos tan esenciales como el alcance de los derechos humanos o los lugares de desembarco de los inmigrantes. Ello propició que la Comisión tomase la iniciativa de preparar, de acuerdo con el procedimiento de comitología y en aplicación del artículo 12.5 del CFS 2006 (actual artículo 13.5 CFS 2016)<sup>1169</sup>, un proyecto de Decisión sobre la base de los resultados del mencionado grupo de trabajo (artículo 290 TFUE). El procedimiento concluyó con la adopción de la Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la

---

coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea [COM (2009) 658 final, de 27 de noviembre de 2009], p. 4.

<sup>1166</sup> Así lo dispone el artículo 7.1 Reglamento GEFC 2019, en virtud del cual «La Guardia Europea de Fronteras y Costas realizará la gestión europea integrada de las fronteras *como responsabilidad compartida de la Agencia y de las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras*, incluidos los guardacostas en la medida en que lleven a cabo operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas y cualesquiera otras tareas de control fronterizo. Los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de sus secciones de las fronteras exteriores».

<sup>1167</sup> Simone MARINAI, «The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, 2016, p. 939.

<sup>1168</sup> Commission Staff Working Document, *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea* [SEC (2007) 691].

<sup>1169</sup> En virtud del artículo 12.5 CFS 2006 «podrán adoptarse normas adicionales que regulen la vigilancia de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 33, apartado 2». El mismo se analizará con mayor detalle posteriormente.

cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, Decisión Vigilancia Marítima). Hasta ese momento, la vigilancia de las fronteras exteriores de la Unión Europea había sido una competencia que, pese a ser compartida, había mantenido su desarrollo operativo reservado a los Estados miembros. Con la llegada de la Decisión Vigilancia Marítima se producía la primera injerencia de la Unión Europea en el plano operativo del mandato establecido sobre los Estados miembros en el artículo 13 CFS 2016 (antiguo artículo 12 CFS 2006), si bien circunscribiéndose a una sola de las modalidades de vigilancia marítima desarrolladas por estos: la realizada en el marco de las cooperaciones operativas coordinadas por Frontex.

Ante las divergencias interpretativas dadas al indicado mandato entre los Estados, la Decisión Vigilancia Marítima tenía como objetivo principal «garantizar que las normas internacionales que regulan las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Frontex (CNUDM, Convenios SAR y SOLAS y la legislación internacional sobre refugiados y derechos fundamentales) se apliquen de manera uniforme por todos los Estados miembros que participan en estas operaciones»<sup>1170</sup>. De esta forma, tal y como concluye QUINDIMIL LÓPEZ, el CFS y la Decisión Vigilancia Marítima «constituyen dos caras de una misma moneda»: el primero, mediante la regulación de las inspecciones fronterizas, aborda el control de los cauces de entrada regulares (puestos fronterizos) y la segunda, mediante la regulación de las operaciones de vigilancia, determina las actuaciones tendentes a evitar la entrada irregular de personas a través de las fronteras exteriores marítimas<sup>1171</sup>.

El problema de la Decisión (y del Reglamento que la sustituyó) fue su reducido ámbito de aplicación, tanto desde el punto de vista geográfico (solo se refería a las fronteras marítimas) como operativo (únicamente era aplicable a los Estados miembros cuando actuaban en el seno de una cooperación operativa). Aun así, es de justicia reconocer el gran avance en materia de armonización del régimen jurídico de la vigilancia fronteriza marítima llevado a cabo por la Decisión. A mero título de ejemplo se puede citar el reconocimiento realizado por parte de la Comisión en la propuesta de Decisión de

---

<sup>1170</sup> Propuesta de Decisión del Consejo por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea [COM (2009) 658 final], p. 3.

<sup>1171</sup> Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad de las Fronteras Marítimas, ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», cit., p. 84.

lo siguiente: «existe obviamente la obligación de respetar los derechos fundamentales a la hora de aplicar el Código Schengen, pero esta obligación no aparece formulada explícitamente en relación con las operaciones de vigilancia (...) [por ello] la propuesta tiene por objeto hacer explícita la obligación de respetar los derechos fundamentales y los derechos de los refugiados en las operaciones de vigilancia de la Agencia Frontex»<sup>1172</sup>.

En cuanto al contenido, la Decisión Vigilancia Marítima se componía de dos preceptos y un anexo dividido en dos partes. La primera parte, de carácter vinculante y denominada «Normas aplicables a las operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la agencia», estaba dividida, a su vez, en dos subapartados. Mientras el primero contenía los principios generales que debían guiar la actuación de la Agencia y los Estados miembros participantes en materia de derechos fundamentales y del principio de no devolución durante las operaciones, el segundo enumeraba las diferentes medidas de interceptación de buques sospechosos de tráfico clandestino de migrantes según estos fueran detectados en el mar territorial de algún Estado miembro, en su zona contigua o en alta mar. La segunda parte del anexo, de carácter no vinculante y denominada «Directrices para las situaciones de búsqueda y salvamento y para el desembarco en el contexto de operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la Agencia», contenía reglas de salvamento y desembarque de las personas rescatadas o interceptadas. En virtud del artículo 1 de la Decisión Vigilancia Marítima, tanto las normas de la parte I como las directrices de la parte II «formarían parte del plan operativo de las operaciones coordinadas por la Agencia». Dado que la Decisión Vigilancia Marítima fue sustituida por el Reglamento Vigilancia Marítima conservando su contenido esencial, el análisis de las reglas de interceptación, salvamento y desembarque será realizado con posterioridad. al hilo del análisis de esta última norma.

## 2.2 La anulación de la Decisión 2010/252/UE del Consejo por parte del TJUE

Como hemos anticipado en el epígrafe anterior, la base jurídica de la Decisión Vigilancia Marítima fue el artículo 12.5 del originario CFS 2006 (actual artículo 13.5

---

<sup>1172</sup>Propuesta de Decisión del Consejo por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea [COM (2009) 658 final], p. 4. Debemos recordar que no fue hasta el Reglamento FRONTEX 2011 cuando explícitamente se dispuso, en su artículo 10.2, que «En el ejercicio de sus funciones y competencias, los agentes invitados respetarán el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional, y *observarán los derechos fundamentales* y la legislación nacional del Estado miembro de acogida».



CFS 2016), en virtud del cual «podrán adoptarse normas adicionales que regulen la vigilancia de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 33, apartado 2»<sup>1173</sup>. En virtud de este último precepto «en los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los artículos 5 y 7 de la Decisión 1999/468/CE, observando lo dispuesto en su artículo 8 y siempre que las medidas de ejecución adoptadas con arreglo a este procedimiento no modifiquen las disposiciones esenciales del presente Reglamento». La citada Decisión de 1999, actualmente derogada, regulaba el procedimiento para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (más conocido como comitología)<sup>1174</sup>. En el mismo, el Parlamento Europeo no participa en calidad de colegislador, sino que únicamente tiene derecho de veto. Eso sí, tal y como dispuso por primera vez el Tribunal de Justicia en la conocida sentencia *Köster* (y plasmó posteriormente el Considerando 7 bis de la citada Decisión), dicho procedimiento únicamente podía emplearse para la modificación de «elementos no esenciales» de un acto adoptado con arreglo al procedimiento legislativo ordinario<sup>1175</sup>. De acuerdo con lo dispuesto hasta el momento, y teniendo en cuenta que la Decisión Comitología regulaba el procedimiento para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, puede llamar la atención que la Decisión Vigilancia Marítima fuera adoptada por el Consejo. Ello se debió a que el Comité de Reglamentación al que se refiere el artículo 5.1 de la Decisión Comitología no emitió el dictamen estipulado en el artículo 5.2 de la citada Decisión. Como consecuencia, la Comisión perdió la potestad de aprobar por sí misma el acto de desarrollo, forzándola a presentar una propuesta de Decisión al Consejo (artículo 5.3 Decisión Comitología), que es quien pasó a tener la competencia para aprobar la norma de desarrollo.

---

<sup>1173</sup> En esta línea, el Considerando 17 del CFS 2006 establecía que «[era] necesario prever un procedimiento que permita a la Comisión adaptar determinadas normas prácticas del control fronterizo».

<sup>1174</sup> Actualmente esta materia se encuentra regulada por el Reglamento (UE) n.º 182/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

<sup>1175</sup> Considerando añadido por la Decisión 2006/512/CE: Decisión del Consejo, de 17 de julio de 2006, que modifica la Decisión 1999/468/CE por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [Segunda Decisión Comitología].

Como acertadamente sintetiza el Abogado General MENGOTZI en sus Conclusiones al asunto C-355/10, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, (aps. 26 a 29) fue en la sentencia *Köster* en la que «el Tribunal de Justicia aclaró que, de conformidad con la distinción, establecida por el propio Tratado, entre los actos que se basan directamente en este último y las medidas destinadas a garantizar la ejecución de aquéllos, el legislador puede fijar en los primeros los «elementos esenciales de la materia que hay que regular», y adoptar, mediante las segundas, las “disposiciones de ejecución” dirigidas a la «ejecución de los principios» contenidos en el acto de base» [Sentencia TJCE 17 diciembre 1970, *Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contra Köster and Berodt & Co.*, as. C-25/70, aps. 6 y 7].

Fue precisamente el juego interinstitucional de competencias y jerarquía normativa lo que provocó la anulación de la Decisión Vigilancia Marítima mediante la STJUE *Parlamento c. Consejo* de 5 de septiembre de 2012<sup>1176</sup>. Según el Parlamento Europeo, la Decisión Vigilancia Marítima modificaba elementos esenciales del CFS 2006, por lo que debía haber sido objeto de aprobación de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, es decir, con participación plena del Parlamento, actuando como colegislador al mismo nivel que el Consejo. De forma sintetizada, en opinión del recurrente, la Decisión excedía los límites de las competencias de ejecución atribuidas por el CFS 2006 (acto de base) ya que no contenía unas meras modalidades prácticas de vigilancia de fronteras (lo cual habría estado habilitado por el artículo 12.5 CFS 2006), sino que atribuía poderes muy amplios a los guardias de fronteras y establecía medidas coercitivas de gran alcance sobre las que nada había dicho el CFS 2006<sup>1177</sup>.

El TJUE admitió que el artículo 12 CFS 2006 (actual artículo 13 CFS 2016) contenía disposiciones relativas a determinados aspectos del funcionamiento de las operaciones de vigilancia. No obstante, el órgano judicial aclaró que dichas disposiciones se limitaban «a describir de modo abstracto la misión de los guardias de fronteras» (ap. 71). En este sentido, pese a que el apartado 4 del artículo 12 CFS 2006 establecía que el objetivo de la vigilancia era aprehender a las personas que cruzasen ilegalmente las fronteras, «no cont[enía], sin embargo, normas relativas a las medidas que los guardias de frontera est[aba]n autorizados a aplicar contra las personas o embarcaciones en el momento de ser aprehendidas y con posterioridad a la misma, como la aplicación de medidas coercitivas, la utilización de la fuerza de las armas o la remisión de las personas aprehendidas a un lugar determinado (...)» (ap. 73)<sup>1178</sup>. A pesar de esta falta de previsión, la Decisión Vigilancia Marítima sí que regulaba las medidas de interceptación concretas que podían adoptar los guardias de fronteras en el seno de una operación coordinada por Frontex (detener, abordar, registrar y apresar el buque, registrar y detener a las personas a bordo del mismo o conducir el buque o a las personas a bordo a un tercer país, entre otras). En opinión del TJUE, «la adopción de normas relativas a la atribución de facultades coercitivas a los guardias de fronteras (...) hace necesarias elecciones políticas que entran en el ámbito de responsabilidades propias del legislador de la Unión (...) [ya que] su ejercicio puede estar supeditado a autorización, a una obligación o a una

---

<sup>1176</sup> STJUE (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10.

<sup>1177</sup> *Ibidem*, ap. 49.

<sup>1178</sup> Sobre la estructura y las carencias regulativas del artículo 13 CFS 2016 *vid.* Capítulo III.

prohibición, como, por ejemplo, de utilizar la fuerza de las armas (...)» (ap. 76). Por ello, dado que tales normas constituían una evolución del CFS 2006, y no un mero acto de aplicación, debían ser adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario. Además, el Tribunal añadía que el hecho de que la Decisión «otorgara poderes de autoridad pública a los guardias de fronteras (...), afecta de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que [también] hace necesaria la intervención del legislador de la Unión» (ap. 77)<sup>1179</sup>.

Por otra parte, resulta interesante señalar desde el punto de vista argumentativo el paralelismo que realiza el Abogado General MENGOTZI entre las modalidades prácticas de aplicación de la vigilancia fronteriza y de las inspecciones fronterizas para defender la necesaria la intervención del legislador de la Unión. Según MENGOTZI, «de una comparación con la normativa de los controles fronterizos contenida en el CFS se desprende que la definición de las modalidades prácticas de aplicación de dichos controles, por lo que respecta a los aspectos comparables, *mutatis mutandis*, a los regulados en la Decisión impugnada, está reservada al legislador»<sup>1180</sup>. Concretamente, el AG se refería a los preceptos y anexos del CFS que regulaban pormenorizadamente las modalidades prácticas de aplicación de las inspecciones fronterizas.

Sobre la base de estos razonamientos, el TJUE anuló la Decisión impugnada en su totalidad por contener «elementos esenciales de la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de los Estados miembros que rebasaban el marco de medidas adicionales en el sentido del artículo 12, apartado 5, del CFS» (ap. 84). No obstante, acordó «mantener los efectos de la Decisión 2010/252 hasta la entrada en vigor, dentro de un plazo razonable, de una nueva normativa» (ap. 91). En relación con la aprobación de la «nueva normativa», cabe destacar que el tribunal interpretó que la mera circunstancia de que el artículo 1 de la Decisión Vigilancia Marítima estableciese que las directrices de la segunda parte del anexo eran «no vinculantes» no podía poner en entredicho su calificación de normas esenciales. Es más, del hecho de que dichas directrices debieran incluirse en el plan

---

<sup>1179</sup> En la misma línea el Abogado General MENGOTZI, en sus Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, manifestaba que «al establecer instrumentos de control de las fronteras exteriores y de lucha contra la inmigración clandestina, el legislador de la Unión debe llevar a cabo elecciones delicadas, que pueden tener graves repercusiones en las libertades individuales y afectar al respeto de los derechos humanos, las obligaciones internacionales de los Estados miembros y las relaciones de estos y de la Unión con terceros Estados. Esta afirmación es válida no solo por lo que atañe a la definición de las orientaciones esenciales de la política de gestión de las fronteras, sino también para la determinación de las medidas dirigidas a aplicar dichas orientaciones» (ap. 31).

<sup>1180</sup> Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 65.

operativo (de obligado cumplimiento), «se desprend[ía] necesariamente que las normas contenidas en la parte II del anexo de la Decisión impugnada están destinadas a producir efectos jurídicos obligatorios» (ap. 81).

### 2.3 El argumento subyacente que motivó la anulación de la Decisión 2010/252/UE del Consejo: la vulneración de la reserva de acto legislativo en el Derecho de la Unión

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha dispuesto que «los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores» [artículo 77.2.b) TFUE], en tanto que limitan la libertad genérica de las personas, deben estar regulados por normas aprobadas mediante procedimiento legislativo ordinario. De conformidad con el análisis realizado en el Capítulo III en relación con el principio de reserva de ley y los títulos habilitantes de las medidas de vigilancia, del precepto reproducido se deriva que el artículo 77 TFUE establece una reserva de acto legislativo en materia de control fronterizo, el cual incluye a la actividad de vigilancia. Se trata, por tanto, de un ámbito en el que se exigen ciertos requisitos o límites a las normas reguladoras.

Dado que el Código de Fronteras Schengen es un Reglamento de la Unión que se adoptó de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, en el que participa el Parlamento Europeo en pie de igualdad con el Consejo, en el Capítulo III se llegó a la conclusión de que el artículo 13 CFS 2016 (artículo 12 CFS 2006) podía considerarse un título habilitante válido de las medidas de vigilancia adoptadas por los Estados miembros. No obstante, la reserva de acto legislativo no solo impone requisitos o límites al acto de base, sino también a los actos de ejecución. Por ejemplo, el artículo 290.1 TFUE establece que «Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general», pero limitándolos a que «completen o modifiquen determinados *elementos no esenciales* del acto legislativo». A nuestro entender, ello implica que los actos delegados que desarrollan actos legislativos presentan dos características esenciales. En primer lugar, requieren una habilitación previa del acto legislativo de base y, en segundo lugar, únicamente pueden desarrollar determinados elementos no esenciales del acto legislativo, quedando los elementos esenciales reservados al acto de base<sup>1181</sup>. En definitiva, el artículo 290 TFUE trata de preservar que

---

<sup>1181</sup> Coincidimos con FUENTETAJA PASTOR en que el criterio de los «elementos esenciales» tiene «una neta virtualidad funcional encaminada no tanto a la identificación positiva de la función legislativa cuanto a la delimitación negativa de la función ejecutiva» [Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración*

exclusivamente mediante actos legislativos puedan regularse los elementos esenciales de determinadas materias<sup>1182</sup>, relegando únicamente los elementos no esenciales a actos delegados. Por ello, aunque el artículo 13.5 CFS 2016 (artículo 12.5 CFS 2016) admita actos delegados «por lo que respecta a las medidas adicionales que regulan la vigilancia», teniendo en cuenta la vigencia de la reserva de acto legislativo en esta materia, tal habilitación no se puede considerar una autorización en blanco a la Comisión. Es decir, los mencionados actos delegados únicamente pueden completar o modificar determinados elementos no esenciales de la norma de origen (el CFS 2006 o el CFS 2016), pero no regular contenidos esenciales<sup>1183</sup>.

El razonamiento precedente permite comprender, sin fisuras, la anulación por parte del TJUE de la Decisión Vigilancia Marítima. Más concretamente, permite entender los argumentos dados por el Tribunal para fallar en esa dirección. Si recordamos lo analizado en el epígrafe anterior, el TJUE afirmaba, en primer lugar, que la Decisión Vigilancia Marítima, al atribuir facultades coercitivas a los guardias de fronteras que concretaban las medidas de vigilancia, había afectado a elementos esenciales de la vigilancia fronteriza que entraban en el ámbito de responsabilidades propias del legislador de la Unión. Es decir, la Decisión Vigilancia Marítima constituía una evolución del CFS, y no un mero acto de aplicación. En segundo lugar, el Tribunal añadía que el hecho de que la Decisión «otorgara poderes de autoridad pública a los guardias de fronteras (...), afecta[ba] de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que [también] hac[ía] necesaria la intervención del legislador de la Unión» (ap. 77)<sup>1184</sup>. En definitiva, de acuerdo con la tesis defendida, parece que el motivo de anulación que subyacía en el pronunciamiento del Tribunal fue la vulneración del principio de reserva de acto legislativo reconocido en el ámbito de la vigilancia fronteriza en el Derecho de la

---

*Europea. La ejecución europea del Derecho y las Políticas de la Unión*, Civitas, Navarra, 2007, p. 153]. Para un análisis detallado del artículo 290 TFUE vid. Herwig C.H HOFFMAN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 236-241.

<sup>1182</sup> Así lo establece el artículo 290.1 TFUE, en virtud del cual «La regulación de los elementos esenciales de un ámbito estará reservada al acto legislativo y, por lo tanto, no podrá ser objeto de una delegación de poderes».

<sup>1183</sup> En este sentido, el artículo 290.2 TFUE establece que «Los actos legislativos fijarán de forma expresa las condiciones a las que estará sujeta la delegación». En el ámbito objeto de estudio, dichas condiciones vienen delimitadas por el artículo 37 CFS 2016, titulado «Ejercicio de la delegación».

<sup>1184</sup> En la misma línea recordamos que el Abogado General MENGIOZZI sostenía en sus Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10 que «al establecer instrumentos de control de las fronteras exteriores y de lucha contra la inmigración clandestina, el legislador de la Unión debe llevar a cabo elecciones delicadas, que pueden tener graves repercusiones en las libertades individuales y afectar al respeto de los derechos humanos» (ap. 31).

Unión por parte de la Decisión Vigilancia Marítima. Por ello, basándose en los dos argumentos reproducidos, el TJUE conminaba al legislador de la Unión Europea a que aprobara, mediante procedimiento legislativo ordinario, las concretas medidas de vigilancia fronteriza que se podían llevar a cabo en el ámbito de la cooperación operativa.

Visto lo anterior, podría afirmarse que la situación del ordenamiento jurídico español en materia de vigilancia fronteriza analizada en el Capítulo III se asemeja mucho a la situación en el ordenamiento de la Unión Europea previa a la anulación de la Decisión Vigilancia Marítima, en el sentido de que la ley nacional (al igual que el CFS 2006) no cubre suficientemente las actuaciones que se pueden llevar a cabo en el ámbito de la vigilancia fronteriza. Es más, podría afirmarse que la situación en el ordenamiento jurídico nacional es incluso peor, ya que no existe ni siquiera una norma reglamentaria que, aun vulnerando la reserva de ley (como la Decisión Vigilancia Marítima en el caso del Derecho de la Unión), haya tratado de complementar lo dispuesto en la ley. Por ello, el pronunciamiento del TJUE podría, salvando las distancias, servir de inspiración en Estados miembros como España para cuestionar la constitucionalidad de las medidas de interceptación que afectan a derechos fundamentales careciendo de base legal suficiente<sup>1185</sup>. En conexión con todo lo anterior conviene aclarar que, además de en el ordenamiento nacional, el principio de reserva de ley (como tal, independientemente de la reserva de acto legislativo) también sería una exigencia en el Derecho de la Unión para la limitar el derecho a la libertad deambulatoria en el ámbito estatal de conformidad con lo previsto en el artículo 52.1 CDFUE, en relación con el artículo 6 CDFUE<sup>1186</sup>.

### **3. LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y TERRITORIAL DE LA ACTIVIDAD DE VIGILANCIA: EL REGLAMENTO VIGILANCIA MARÍTIMA**

#### **3.1. Las principales innovaciones del Reglamento Vigilancia Marítima frente a la Decisión Vigilancia Marítima**

En cumplimiento de la STJUE objeto de análisis en el epígrafe anterior, el Parlamento y el Consejo aprobaron el Reglamento (UE) n.º 656/2014, de 15 de mayo de

---

<sup>1185</sup> Vid. Capítulo III.

<sup>1186</sup> Así, en virtud del artículo 52.1 CDFUE «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida *por la ley* y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades». Si conectamos este último precepto con el artículo 6 CDFUE, en virtud del cual «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», el resultado es una reserva de ley a favor del derecho a la libertad deambulatoria.

2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por Frontex (en adelante, Reglamento Vigilancia Marítima). El mismo sustituyó a la Decisión Vigilancia Marítima, la cual, como hemos mencionado, se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento.

Siguiendo la estela de la Decisión Vigilancia Marítima, el objeto del Reglamento Vigilancia Marítima es «establecer normas específicas para las actividades de vigilancia fronteriza llevadas a cabo por unidades marítimas, terrestres y aéreas de un Estado miembro en la frontera marítima de otros Estados miembros o en alta mar en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia» (Considerando 4 del Reglamento Vigilancia Marítima). Estas normas específicas relativas a las operaciones de «Detección» (artículo 5 Reglamento Vigilancia Marítima), «Intercepción» (artículos 6, 7 y 8 Reglamento Vigilancia Marítima), «Salvamento» (artículo 9 Reglamento Vigilancia Marítima) y «Desembarco» (artículo 10 Reglamento Vigilancia Marítima) vienen precedidas de unas disposiciones generales que sitúan a la «Protección de los derechos fundamentales y [el] principio de no devolución» (artículo 4 Reglamento Vigilancia Marítima) como límites insoslayables de la actividad de vigilancia fronteriza marítima coordinada por la Agencia GEFC. Si bien es cierto que las «Normas aplicables a las operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la Agencia» contenidas en la parte I del Anexo de la Decisión Vigilancia Marítima ya apelaban al respeto a los derechos fundamentales y al principio de no devolución durante las operaciones conjuntas de vigilancia, la regulación contenida en el Reglamento Vigilancia Marítima aumentó el grado de desarrollo, claridad y exhaustividad en este ámbito. No obstante, dado que el contenido del artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima será objeto de un análisis específico con posterioridad, baste ahora con señalar que para autores como DEN HEIJER los factores desencadenantes de esa mayor atención del legislador europeo a los derechos humanos fueron el rol como colegislador del Parlamento Europeo en el procedimiento de adopción del Reglamento, la tragedia de Lampedusa del año 2013 y la condena a Italia por el TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, ya analizada en este trabajo con anterioridad<sup>1187</sup>.

---

<sup>1187</sup> Martin DEN HEIJER, «How the Frontex Sea Borders Regulation avoids the hot potato» cit., p. 4.

Además de un mayor desarrollo normativo en el ámbito de la protección de los derechos humanos, otro de los factores diferenciales entre la Decisión Vigilancia Marítima y el Reglamento Vigilancia Marítima fue la homogeneización, en cuanto a su naturaleza vinculante, de las disposiciones que configuraban su contenido. Recordamos que, conforme a la Decisión Vigilancia Marítima, las «Directrices para las situaciones de búsqueda y salvamento y para el desembarco en el contexto de operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la agencia» (parte II del Anexo de la Decisión Vigilancia Marítima) tenían naturaleza no vinculante. Probablemente, la razón que motivó dicha elección fue la dudosa competencia en materia de salvamento y rescate de la Unión Europea (cuestión ya analizada en el Capítulo II) y las reticencias de los Estados miembros a asumir imposiciones relativas al lugar de desembarco de los migrantes y solicitantes de protección internacional interceptados o rescatados. No obstante, como ya se ha señalado previamente, según el TJUE, del hecho de que las Directrices de la parte II del Anexo de la Decisión Vigilancia Marítima debieran incluirse en el plan operativo de cada operación se desprendía necesariamente que las normas contenidas en la parte II también estaban destinadas a producir efectos jurídicos obligatorios<sup>1188</sup>. Lo contrario llevaría a negar el carácter vinculante del plan operativo, contradiciendo lo dispuesto en el Reglamento GEFC<sup>1189</sup>.

### 3.2. El refuerzo de las competencias estatales en materia de vigilancia marítima extrafronteriza

Además de reforzar el respeto a los derechos humanos durante la cooperación operativa y contribuir a la ampliación del ámbito objetivo de la actividad de vigilancia incluyendo disposiciones relativas a operaciones de salvamento, el Reglamento Vigilancia Marítima ha permitido consolidar y confirmar la existencia de una habilitación normativa a los Estados miembros para el ejercicio de actividades de vigilancia fronteriza extraterritoriales. Si bien es cierto que el artículo 13 CFS 2016 no contempla explícitamente esta posibilidad, como se destacó en el Capítulo III, el hecho de que el Anexo VI del CFS 2016 regule detalladamente las inspecciones fronterizas extraterritoriales abrió la puerta a una interpretación extensiva del ámbito de aplicación

---

<sup>1188</sup> En sentido, el artículo 1 Decisión Vigilancia Marítima establecía que «Dichas normas [parte I], junto con las directrices no vinculantes establecidas en la parte II del anexo, formarán parte del plan operativo elaborado para cada una de las operaciones coordinadas por la Agencia».

<sup>1189</sup> En efecto, el artículo 38.3 Reglamento GEFC 2019 establece que «El plan operativo *será vinculante* para la Agencia, para el Estado miembro de acogida y para los Estados miembros participantes. Abarcará todos los aspectos que se consideren necesarios para la realización de la operación conjunta (...)».



territorial de la otra modalidad de control fronterizo (vigilancia) o, como han apuntado algunos autores, al cambio de un criterio geográfico a uno funcional en lo que respecta al control de las fronteras<sup>1190</sup>. De hecho, como se ha expuesto en el Capítulo V, esta es la línea asumida por los Estados miembros que trasladan sus patrullas a alta mar o al mar territorial de terceros Estados para impedir la entrada irregular de migrantes en su territorio<sup>1191</sup>. En cualquier caso, y si existía alguna duda acerca de la viabilidad jurídica de esta posibilidad, esta se disipó desde el momento en que el legislador de la Unión habilitó expresamente a la Agencia para coordinar operaciones conjuntas de vigilancia marítima desplegadas en la zona contigua de un Estado miembro (artículo 8 Reglamento Vigilancia Marítima) o en alta mar (artículo 7 Reglamento Vigilancia Marítima). Es decir, fuera de su mar territorial. No olvidemos que el Reglamento Vigilancia Marítima nace para completar el Código de Fronteras Schengen en lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores.

Sin embargo, pese a la ampliación del ámbito de aplicación objetivo y territorial de la actividad de vigilancia, lo cierto es que el Reglamento Vigilancia Marítima falló en lo que debería haber sido su objetivo primordial: ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la antigua Decisión Vigilancia Marítima a las operaciones de vigilancia llevadas a cabo autónomamente por los Estados miembros en su sección de fronteras exteriores. En las negociaciones para la adopción del Reglamento Vigilancia Marítima, Estados como Grecia, España, Francia, Italia, Chipre y Malta mostraron firmemente su oposición a que el Reglamento incluyera normas vinculantes relativas al salvamento y desembarco llevados a cabo en operaciones estrictamente nacionales por entender que se trataba de una vulneración del principio de subsidiariedad. Entendemos que la moneda de cambio para que estos Estados aceptaran la ampliación del ámbito objetivo de la vigilancia fronteriza fue reducir su ámbito de aplicación subjetivo a las operaciones coordinadas por la Agencia<sup>1192</sup>.

---

<sup>1190</sup> Violeta MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, 2017, p. 296.

<sup>1191</sup> En opinión del Consejo, dado que el CFS no define el concepto de frontera marítima, la vigilancia debe entenderse en el sentido de que cubre también las actuaciones llevadas a cabo en las zonas contiguas y en alta mar (STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 53).

<sup>1192</sup> Así quedó expresamente consagrado en el Considerando 3 Reglamento Vigilancia Marítima, conforme al cual «El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe limitarse a las operaciones de vigilancia de fronteras llevadas a cabo por los Estados miembros en sus fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea («la Agencia») creada en virtud del Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo».

## 4. EL RÉGIMEN JURÍDICO EN MATERIA DE VIGILANCIA MARÍTIMA FRONTERIZA EN EL REGLAMENTO VIGILANCIA MARÍTIMA

### 4.1 El denominado procedimiento de asilo marítimo

Como quedó patente en el Bloque II, relativo a la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016, uno de los principales problemas derivados de la ausencia de un régimen jurídico armonizado en materia de vigilancia fronteriza en los Estados miembros es la desprotección de las personas sometidas a este tipo de medidas. Si bien es cierto que las actuaciones de las autoridades nacionales en este ámbito están plenamente sometidas al Derecho de la Unión Europea y a los demás instrumentos de protección de los derechos humanos, la falta de positivación y desarrollo de las garantías existentes en conexión específica con la actividad vigilancia ha llevado a la inobservancia de aquellas por parte de algunos Estados miembros. Si a ello añadíamos la naturaleza de actividad material de la Administración de las medidas de vigilancia y, como consecuencia, la dificultad para su fiscalización, el análisis de la ejecución del artículo 13 CFS 2016 en la frontera marítima en operaciones puramente nacionales desvelaba importantes carencias en materia de protección internacional, principio de no devolución, prohibición de expulsiones colectivas y derecho a un recurso efectivo. Sirva como ejemplo la tan citada condena del TEDH a Italia por vulnerar los derechos citados cuando ejecutaba el artículo 13 CFS 2016 en su frontera marítima<sup>1193</sup>.

La ausencia de un régimen jurídico armonizado de garantías en materia de vigilancia viene provocada, como se apuntó en el Capítulo III, por la inaplicabilidad del artículo 14 CFS 2016 a esta actividad de control fronterizo<sup>1194</sup>. En efecto, dicho precepto se aplica exclusivamente a las denegaciones de entrada derivadas de la actividad de inspección fronteriza, aunque, como ha sido expuesto a lo largo de este trabajo, las consecuencias materiales de la actividad de vigilancia para las personas sobre las que se

---

<sup>1193</sup> STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, as. 27765/09.

<sup>1194</sup> El artículo 14 CFS 2016 reconoce e impone el respeto a estos derechos en los siguientes términos: «1. Se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada (...). Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración. 2. Solo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación. La resolución será adoptada por la autoridad habilitada en virtud del Derecho interno y surtirá efecto inmediatamente. (...) 3. Las personas a las que se deniegue la entrada tendrán derecho a recurrir dicha resolución. Los recursos se regirán por el Derecho interno. Se entregará asimismo al nacional del tercer país una indicación escrita sobre los puntos de contacto en los que puede obtener información sobre representantes competentes para actuar en su nombre de conformidad con el Derecho interno».

ejerce son las mismas que las de las inspecciones. Con la finalidad de configurar un régimen jurídico de vigilancia fronteriza a nivel nacional, aunque fuera en abstracto, el objetivo del Bloque II de este trabajo ha sido suplir la falta de regulación de las garantías en materia de vigilancia fronteriza en el CFS 2016 y en los ordenamientos jurídicos nacionales (concretamente en el español y el italiano) con la aplicación de la normativa específica en materia de asilo, retorno y de protección de derechos humanos aplicable a los Estados miembros (Directiva sobre Procedimientos de Asilo, Directiva Retorno, CDFUE y CEDH principalmente). En nuestra opinión, la afirmación contenida en el artículo 3.b) del CFS 2016 según la cual «la aplicación del Código no afectará a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución» resultaba claramente insuficiente en este sentido.

La condena a Italia en 2012 por vulnerar los principios de no devolución y prohibición de expulsiones colectivas de los migrantes rescatados en alta mar y devueltos a Libia en 2009 corroboró las carencias denunciadas en los párrafos anteriores y provocó la reacción del legislador de la Unión. Eso sí, dicha reacción se produjo únicamente en el ámbito de la cooperación operativa, no en el CFS 2016. En este sentido, el Reglamento Vigilancia Marítima regula lo que algunos autores han denominado «el procedimiento de asilo marítimo»<sup>1195</sup>. Aunque a lo largo de este capítulo veremos las carencias de dicho procedimiento, su regulación continúa la línea marcada por la Unión Europea de incrementar progresivamente las garantías relativas a los derechos humanos en las operaciones coordinadas por la Agencia GEFC desde sus inicios en 2004, ignorando la existencia de estos mismos problemas a nivel nacional.

En virtud del artículo 4 Reglamento Vigilancia Marítima, «Ninguna persona será desembarcada en un país, forzada a entrar en él, conducida o entregada de algún otro modo a sus autoridades, incumpliendo el principio de no devolución (...)»<sup>1196</sup>. Según el precepto, se incumpliría dicho principio «cuando, entre otros supuestos, exista un riesgo grave de que [la persona desembarcada] se vea expuesta a sufrir pena de muerte, tortura,

---

<sup>1195</sup> Steve PEERS, *New Rules on maritime surveillance: will they stop the deaths and push-backs in the Mediterranean?*, 2014 [Disponible en: <https://free-group.eu/2014/02/27/steve-peersnew-eu-rules-on-maritime-surveillance-will-they-stop-the-deaths-and-push-backs-in-the-mediterranean/> (Consultado por última vez el 3 abril de 2020)].

<sup>1196</sup> En el mismo sentido, el artículo 34.2 Reglamento GEFC 2019 dispone que «En el ejercicio de sus funciones, la Guardia Europea de Fronteras y Costas garantizará que no se desembarca, se fuerza a entrar o se traslada a una persona a un país, ni se le entrega o retorna a sus autoridades, si ello vulnera el principio de no devolución, o existe riesgo de que sea expulsada o retornada de tal país o a otro vulnerando dicho principio».

persecución o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante o cuando su vida o su libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política (...)). Adicionalmente, también está prohibida la devolución indirecta, es decir, «cuando exista un riesgo grave de que sea expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo el principio de no devolución». Por todo ello, de forma preventiva, se establece que «el Estado miembro de acogida, en coordinación con los Estados miembros participantes y la Agencia, tendrá en cuenta la situación general imperante en ese tercer país [de destino]»<sup>1197</sup>.

De forma específica, y tomando como referencia el pronunciamiento del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el legislador de la Unión ha establecido en el artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima una serie de garantías procedimentales para evitar el incumplimiento del principio de no devolución en las operaciones coordinadas por la Agencia. Concretamente, el artículo 4.3 Reglamento Vigilancia Marítima establece que «antes de que las personas interceptadas o rescatadas sean desembarcadas, obligadas a entrar en un tercer país, conducidas o entregadas de algún otro modo a las autoridades de un tercer país y teniendo en cuenta la evaluación de la situación general en ese tercer país (...) las unidades participantes deberán (...) utilizar todos los medios para identificar a las personas interceptadas o rescatadas, evaluar sus circunstancias personales, informarles de su destino de una manera que las personas comprendan, o sea razonable presumir que comprenden y darles la oportunidad de expresar las razones para creer que el desembarco en el lugar propuesto representaría un incumplimiento del principio de no devolución»<sup>1198</sup>.

---

<sup>1197</sup> Conforme al artículo 4.2 del Reglamento Vigilancia Marítima «La evaluación de la situación general imperante en un tercer país podrá basarse en información emanada de una amplia gama de fuentes, que puede incluir a otros Estados miembros, órganos, oficinas y agencias de la Unión y organizaciones internacionales pertinentes, y podrá tener en cuenta la existencia de acuerdos y proyectos en materia de migración y asilo, ejecutados de conformidad con la legislación de la Unión y a través de fondos de la Unión».

<sup>1198</sup> Para corroborar la relevancia de la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* en la configuración del Reglamento Vigilancia Marítima se puede comparar el apartado 185 de la sentencia y el artículo 4.3. 2º del Reglamento. Según el apartado 185 de la STEDH «el personal a bordo de los buques militares [italianos] no estaba capacitado para realizar entrevistas individuales y no recibió la asistencia de intérpretes o asesores legales. En opinión del Tribunal, esto basta para descartar que existieran garantías suficientes como para asegurar que se llevó a cabo un examen real y detenido de las circunstancias individuales de cada una de las personas implicadas». En virtud del artículo 4.3.2º del Reglamento Vigilancia Marítima «el plan operativo incluirá, en caso necesario, mayores detalles sobre la disponibilidad en tierra de personal sanitario, intérpretes, asesores jurídicos y otros expertos pertinentes del Estado miembro de acogida y de los Estados miembros participantes. Cada unidad participante incluirá, como mínimo, a una persona con formación básica de primeros auxilios».

La mejor manera de comprobar la eficacia de este último apartado es mediante el análisis de los informes anuales sobre la aplicación práctica del Reglamento Vigilancia Marítima que debe presentar la Agencia desde el año 2015<sup>1199</sup>. De acuerdo con estos últimos, *Hera* es la única operación conjunta en la que se han producido desembarcos de personas rescatadas en terceros Estados (concretamente, en Marruecos)<sup>1200</sup>. En cuanto al resto de operaciones, aunque algunas de ellas contemplaban la posibilidad de desembarco en terceros Estados en sus respectivos planes operativos (*Poseidón* en Turquía e *Indalo* en Marruecos), dicha posibilidad no se materializó en ninguna ocasión, llevándose a cabo los desembarcos finalmente en Grecia y España, respectivamente. Según la propia Agencia GEFC, debido a «la dificultad para lidiar con los flujos mixtos y [a] la necesidad de asegurar tanto el respeto al principio de no devolución como una gestión eficaz de la política de fronteras (...) los Estados miembros asumen la responsabilidad del desembarco de todas las personas interceptadas y/o rescatadas en su territorio e incluso más allá de su territorio, como en el caso de Italia»<sup>1201</sup>. Más dudas existen sobre el respeto al principio de no devolución cuando se producen «conducciones» de dichas personas a las autoridades de terceros países, lo cual, al fin y al cabo, tiene las mismas consecuencias que el desembarco<sup>1202</sup>. Todas estas situaciones se analizarán con posterioridad, en este mismo Capítulo.

---

<sup>1199</sup> Dicho mandato se contiene en el artículo 13 Reglamento Vigilancia Marítima, de conformidad con el cual «1. La Agencia presentará un informe al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre la aplicación práctica del presente Reglamento, a más tardar el 18 de julio de 2015 y cada año a partir de entonces. 2. El informe incluirá una descripción de los procedimientos establecidos por la Agencia para aplicar el presente Reglamento durante las operaciones marítimas e información sobre la aplicación del presente Reglamento en la práctica, incluyendo información detallada sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales y las repercusiones en dichos derechos, y cualesquiera incidentes que hayan podido producirse». Hasta el momento, los informes disponibles en la página web de la Agencia son: *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2014)*, Varsovia, 2015; *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2015)*, Varsovia, 2016; *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2016)*, Varsovia, 2017; *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2017)*, Varsovia, 2018.

<sup>1200</sup> *Annual report 2014*, p. 12.

<sup>1201</sup> Frontex- European Border and Coast Guard Agency, *Annual report 2016*, p. 11, traducción propia.

<sup>1202</sup> Los *Annual Report 2015* y *2016* reflejan que Grecia, los Estados miembros participantes y la Agencia acordaron que las personas interceptadas en la Operación *Poseidón* podían ser conducidas o entregadas a las autoridades turcas, extremo que se desconoce si se llegó a producir porque los informes no lo niegan expresamente, como sí hacen en relación con el desembarco en Turquía. De una forma similar, el primero de los informes reporta que España también contempló esta posibilidad de entregar o conducir las personas interceptadas a las autoridades marroquíes y argelinas en el seno de la Operación *Indalo*. No obstante, en este caso el informe sí que aclara que esta situación «nevertheless, did not happen» (p. 8).

El procedimiento de asilo marítimo adolece de alguna disfunción que se podría catalogar de «carácter general», en cuanto a su configuración, y de otras de «carácter específico», en cuanto a su aplicación a los casos concretos de interceptación y salvamento. Mientras que las segundas serán analizadas con posterioridad<sup>1203</sup>, con carácter general se puede señalar que existe una laguna esencial en el artículo 4 Reglamento Vigilancia Marítima. Si bien es cierto que positivando la obligación de identificación de las personas rescatadas e imponiendo la obligación de valorar sus circunstancias personales y sus objeciones al desembarco en un determinado lugar se trata de evitar la violación de la prohibición de expulsiones colectivas y del principio de no devolución, la regulación prescinde de una garantía (cuya vulneración también fue condenada en la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*) imprescindible para materializar las dos anteriores: la habilitación de vías procesales para recurrir las decisiones adoptadas por las autoridades encargadas de la vigilancia<sup>1204</sup>. Decisiones que, por otra parte, son adoptadas de forma instantánea por los guardias fronterizos a bordo del buque rescatador o interceptador en cuestión<sup>1205</sup>. Para Frontexit «dejar ese amplio margen de discrecionalidad a los agentes en materias que afectan a derechos fundamentales es

---

<sup>1203</sup> En concreto, se hará referencia a la equivocada vinculación exclusiva entre la valoración de las circunstancias personales de los migrantes interceptados y el principio de no devolución, en lugar de conectar la valoración de dichas circunstancias con cualquier medida de interceptación; a la presunción errónea de que todos los Estados miembros respetan el principio de no devolución y, por último, a la cuestionada práctica llevada a cabo por aquellos Estados miembros anfitriones que, por el hecho de realizar un informe de situación general positivo de un tercer país, entienden que pueden desembarcar a los migrantes interceptados o rescatados en el mismo o entregarlos a sus autoridades nacionales, independientemente de si dicho informe cumple o no con los requisitos procedimentales estipulados en el Reglamento Vigilancia Marítima.

<sup>1204</sup> En relación con el derecho a un recurso efectivo, según el TEDH, si un demandante presenta una queja alegando que su expulsión a un Estado tercero le expondría al riesgo de sufrir tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio, esta queja «deberá imperativamente ser examinada detenidamente por una autoridad nacional». Concretamente, el Tribunal estima que la noción de «vía de recurso efectiva» en el sentido del artículo 13 CEDH en relación con el artículo 3 CEDH exige, en primer lugar, «un examen independiente y riguroso» de toda queja presentada por un individuo en una situación en la que «existen motivos sustanciales para creer que este individuo corre un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3»; y, en segundo lugar, «una posibilidad de interrumpir la ejecución de la medida impugnada» (STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ap. 198). Adicionalmente, ante el argumento del Gobierno italiano en la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* según el cual los demandantes deberían haber intentado interponer un recurso ante los tribunales penales italianos al llegar a Libia, el Tribunal argumentó que, incluso si una vía de recurso de este tipo hubiera estado disponible en la práctica, «un procedimiento penal contra el personal militar a bordo de los buques del ejército obviamente no cumpliría con los requisitos del artículo 13, puesto que no tendría un efecto suspensivo, criterio consagrado en la (...) sentencia *Čonka*. El Tribunal reitera que el requisito derivado del artículo 13 - según el cual la interposición del recurso debe conllevar la suspensión de la ejecución de la medida impugnada - no puede ser considerado como un elemento subsidiario» (STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ap. 206).

<sup>1205</sup> Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la Guía OMI-ACNUR sobre *Principios y prácticas aplicables a refugiados y migrantes* establece que «los procedimientos para la identificación o la determinación de la condición de refugiado no deberían tener lugar en el mar».

inacceptable»<sup>1206</sup>. En conclusión, la falta de previsión de un recurso efectivo contra dichas decisiones instantáneas, unida a la ya mencionada naturaleza jurídica material de la actividad de vigilancia, convierte al denominado «procedimiento de asilo marítimo» en un instrumento de eficacia dudosa.

De acuerdo con el análisis precedente, parece que el legislador de la Unión ha querido habilitar un mecanismo de defensa de los derechos humanos y del principio de no devolución menos garantista que el previsto en el artículo 14 CFS (aplicable exclusivamente a las denegaciones de entrada derivadas de inspecciones fronterizas) pero que cumpliera las exigencias (o la mayoría de ellas) de la jurisprudencia del TEDH derivadas de la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. No obstante, la no habilitación de un recurso contra las actuaciones de vigilancia llevadas a cabo en el seno de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia GEFC y otras carencias que se detectarán como consecuencia de la aplicación del artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima en la práctica nos obligan, de nuevo, a tener que recurrir a las garantías previstas en la normativa específica en materia de asilo, retorno y protección de los derechos humanos para completar el régimen jurídico de este procedimiento de asilo marítimo que algunos autores han catalogado de «precario»<sup>1207</sup>.

#### 4.2 «Detección» vs. «Intercepción»: la confusa delimitación de las actividades de vigilancia realizada en el Reglamento Vigilancia Marítima

Como se sugirió en el Capítulo III, el término vigilancia no tiene un significado unívoco, presentando distintas acepciones dependiendo de las normas que delimitan su régimen jurídico. Según indicamos, la pluralidad de normas de carácter nacional y supranacional existentes en este ámbito dificultaba la elaboración de una construcción jurídica de carácter general sobre la actividad. Pese a ello, indicamos la conveniencia de realizar un proceso de abstracción y búsqueda de un común denominador que permitiera abordar el estudio de esta institución de una forma coherente, ordenada y sistemática.

---

<sup>1206</sup> Frontexit, «Green light to fundamental rights violations?, The surveillance of external sea borders as part of Frontex operations», 2018, p. 5 [Disponible en: <https://www.frontexit.org/en/docs/98-report-green-light-to-fundamental-rights-violations/file> (Consultado por última vez el 13 de noviembre de 2019)]. Frontexit es un grupo de asociaciones, investigadores e individuos de la sociedad civil pertenecientes de distintos países del norte y sur del Mediterráneo (Marruecos, Mali, Senegal, Francia, Bélgica e Italia, entre otros) cuyo objetivo es la protección de los derechos de los migrantes en las fronteras exteriores de la Unión Europea.

<sup>1207</sup> Violeta Moreno Lax, *Accessing Asylum in Europe...*, cit., p. 450.

Descendiendo al plano concreto de este trabajo, y siguiendo el tenor literal del CFS 2016, se definió la vigilancia fronteriza como aquella actividad que tiene por objeto impedir la entrada irregular de personas en un determinado territorio, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente (artículo 13.1 CFS). No obstante, la dualidad de objetivos que persigue esta actividad justificaba que se distinguieran dos modalidades sucesivas de actuación dentro de este concepto tan amplio de vigilancia. En primer lugar, se encontraban aquellas actuaciones de las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza encaminadas a la prevención y detección de los cruces de frontera no autorizados mediante la observación y el ejercicio de potestades ordenatorias y conformatorias en la frontera y sus inmediaciones. En segundo lugar, la vigilancia fronteriza también conllevaría, una vez confirmados dichos indicios, la reacción frente a los cruces de frontera no autorizados, tanto los consumados como en grado de tentativa. En definitiva, la actividad de vigilancia fronteriza no solo consistiría en constatar los indicios o sospechas de incumplimiento de la legalidad, sino también en reaccionar contra dichos incumplimientos. Así lo entiende el legislador de la Unión, según el cual «la vigilancia de fronteras [marítimas] no se limita a la detección de los intentos de cruce no autorizado de las fronteras, sino que engloba también medidas positivas como la interceptación de embarcaciones sospechosas de intentar entrar en la Unión sin someterse a controles fronterizos» (Considerando primero Reglamento Vigilancia Marítima).

En línea con la distinción adelantada en Capítulo III, el articulado del Reglamento Vigilancia Marítima también distingue entre «Detección» (artículo 5) e «Interceptación», introduciendo ciertas diferencias según esta última se produzca en el mar territorial (artículo 6), en la zona contigua (artículo 7) o en alta mar (artículo 8).

En virtud del artículo 5 Reglamento Vigilancia Marítima, «Si las unidades participantes *detectan* un buque sospechoso de transportar personas eludiendo o pretendiendo eludir las inspecciones en los pasos fronterizos, o de estar involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, las unidades participantes procederán a una aproximación para determinar su identidad y nacionalidad y, a la espera de otras medidas, vigilarán dicho buque a una distancia prudente tomando todas las precauciones oportunas». *A priori*, según el precepto, las actuaciones comprendidas en la fase de detección no implican una verificación directa en el buque objeto de vigilancia de los indicios o sospechas de entrada irregular, sino simplemente la observación de la realidad



y consiguiente obtención de información desde la distancia. Es decir, el precepto reproducido únicamente hace referencia a las actuaciones que en el Capítulo III quedaron englobadas bajo la noción «detección mediante técnicas no limitativas de derechos», quedando excluida la detección mediante técnicas limitativas de derechos. De forma independiente, a nuestro juicio de forma errónea, el Reglamento incluye entre las medidas de interceptación (artículos 6, 7 y 8 Reglamento Vigilancia Marítima) tanto aquellas actuaciones destinadas a constatar a bordo del buque la existencia de indicios de que una persona o conjunto de personas han eludido o pretenden eludir la normativa de control fronterizo (solicitar información y documentación sobre la propiedad, matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque; identidad y nacionalidad de las personas a bordo; detener, abordar y registrar el buque y las personas a bordo e interrogar a dichas personas), como las que tienen por objeto, una vez confirmados dichos indicios, aplicar preventiva o correctivamente las medidas de reacción necesarias para impedir la vulneración del ordenamiento jurídico (apresar el buque y detener las personas a bordo; ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o de la zona contigua o para dirigirse a un destino distinto; conducir al buque o a las personas a bordo hacia el Estado miembro ribereño; advertir y ordenar al buque que no entre en el mar territorial o en la zona contigua; conducir al buque y a las personas a bordo a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país). Es decir, el Reglamento Vigilancia Marítima entiende que las medidas de detección limitativas de derechos, dentro de las cuales encontramos potestades ordenatorias (v.g.: solicitar información y documentación a bordo del buque) y conformatorias (v.g.: registro del buque), son medidas de interceptación.

La calificación de la clasificación establecida por el Reglamento Vigilancia Marítima como errónea se debe, esencialmente, a que dos actuaciones que tienen distintos presupuestos y distinta finalidad no pueden ser denominadas de la misma forma. De hecho, este fue el motivo por el que en el Capítulo III ambas actividades, aunque encuadrables en el concepto más amplio de vigilancia, se analizaban de forma independiente. Como se demostró en aquella sede, todas las medidas consistentes en la obtención de información, ya sea mediante la simple observación a distancia o a través del ejercicio de potestades ordenatorias y conformatorias a bordo del buque, deberían aunarse en una misma categoría, la detección. Y ello porque la finalidad perseguida, independientemente de la vía empleada por las autoridades encargadas de la vigilancia,

es la prevención de los cruces de frontera no autorizados. Por otra parte, de forma independiente y en un momento posterior, se situarían todas aquellas medidas tendentes a reaccionar frente a los cruces de frontera no autorizados, ya sea en grado de tentativa (medidas de interceptación preventivas) o efectivamente consumados (medidas de interceptación correctivas). La clasificación no es caprichosa, como se demostró en el Capítulo III, la diferente finalidad, naturaleza y potestades inherentes a cada actividad provoca diversos problemas de aplicación y la entrada en conflicto con derechos de distinta naturaleza. Como se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, las medidas de interceptación pueden entrar en conflicto con el derecho de asilo, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución<sup>1208</sup>. Por el contrario, las medidas de detección pueden contravenir el derecho a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal, a la libertad deambulatoria o a la propiedad, entre otros. Todo ello sin perjuicio de la existencia de derechos que puedan ser vulnerados en ambos tipos de actuaciones, como el derecho a un recurso efectivo.

#### 4.3 Los problemas de ejecución de las medidas de detección llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa.

A lo largo de este trabajo nos hemos centrado en analizar la ejecución de las medidas de interceptación y su compatibilidad con la normativa de protección de los derechos humanos. No obstante, creemos importante dar cuenta de los problemas que surgen en la práctica cuando los Estados miembros, en el seno de las operaciones de vigilancia marítima coordinadas por la Agencia GEFC, llevan a cabo medidas de detección para determinar la existencia de indicios que posteriormente justifiquen una medida de reacción. Dado que las medidas de detección son la antesala de las medidas de interceptación, creemos que su análisis es un requisito imprescindible para tener una visión coherente y completa de la actividad de vigilancia. Además, al contrario de lo que sucedía en el ámbito nacional (Capítulos IV, V y VI), la regulación de medidas concretas de detección en el Reglamento Vigilancia Marítima facilita su análisis.

Es necesario destacar, de nuevo, que en este epígrafe se parte de una noción de detección que comprende tanto las actuaciones consistentes en la observación a distancia

---

<sup>1208</sup> De hecho, aunque el artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima «Protección de los derechos fundamentales y el principio de no devolución» se localice dentro de las «Disposiciones Generales», las garantías que reconoce y que han sido analizadas en el epígrafe anterior se aplican estrictamente a las medidas correctivas (interceptación), no a las medidas destinadas a la obtención de información (detección).

de un determinado buque para confirmar las sospechas de contravención del ordenamiento jurídico como aquellas otras destinadas a la obtención de información mediante el ejercicio de potestades ordenatorias y conformatorias a bordo del buque. De acuerdo con esta concepción amplia, serían medidas de detección: la aproximación a un buque para determinar su identidad y nacionalidad; la vigilancia del mismo a una distancia prudente; la recopilación de información mediante observación (comprendidas todas ellas en el artículo 5 del Reglamento Vigilancia Marítima); la solicitud de información y documentación sobre la propiedad, matrícula y elementos relacionados con la travesía del buque, así como sobre la identidad, nacionalidad y otros datos pertinentes de las personas a bordo [artículo 6.1.a) para el mar territorial y artículo 7.1.a) para alta mar] y la detención, abordaje y registro del buque, su carga y las personas a bordo así como el interrogatorio a estas últimas [artículo 6.1.b) para el mar territorial y artículo 7.1.b) para alta mar]. De acuerdo con el artículo 8 del Reglamento Vigilancia Marítima, las medidas relativas a la solicitud de información mediante requerimiento directo a bordo del buque adoptables en la zona contigua son las mismas que las establecidas en el mar territorial (artículo 6 Reglamento Vigilancia Marítima).

Respecto a las medidas contenidas en el artículo 5 Reglamento Vigilancia Marítima, al consistir en una mera labor de observación a distancia, para que las autoridades encargadas de la vigilancia de fronteras de un Estado miembro puedan llevarlas a cabo no es necesaria la autorización de ningún otro Estado, independientemente del espacio marítimo donde se encuentre el buque vigilado. No ocurre lo mismo en el caso de las medidas contempladas en los artículos 6.1 y 7.1 del Reglamento Vigilancia Marítima, ya que las mismas implican una cierta injerencia en una jurisdicción ajena. Basándose en las disposiciones de Derecho Internacional del Mar analizadas en el Capítulo V (derecho de paso inocente por el mar territorial de un Estado, derecho de visita y la regla de jurisdicción del Estado del pabellón en alta mar), el Reglamento Vigilancia Marítima condiciona la ejecución de las medidas contenidas en su artículo 6.1 (mar territorial y zona contigua) a la autorización del Estado miembro ribereño (Estado miembro de acogida de la operación o Estado miembro participante normalmente) y la ejecución de las medidas contempladas en el artículo 7.1 Reglamento Vigilancia Marítima (alta mar) a la autorización del Estado de abanderamiento del buque

detectado<sup>1209</sup>. Como venimos adelantando, siendo la necesidad de obtener una autorización la única diferencia entre la solicitud de información en un espacio marítimo u otro, hubiera sido más adecuado regular todas las medidas de detección de forma conjunta en el artículo 5 Reglamento Vigilancia Marítima (aclarando las diferencias que se consideraran convenientes), sin necesidad de entremezclar en los artículos 6, 7 y 8 Reglamento Vigilancia Marítima medidas de interceptación y medidas de detección.

Por regla general, la mejor vía para la obtención de información relativa a las medidas de detección, interceptación y salvamento aplicadas en las operaciones coordinadas por la Agencia son los planes operativos de las operaciones conjuntas (siempre que sean públicos)<sup>1210</sup>. No obstante, estos últimos no reflejan la evaluación de la aplicación práctica de dichas medidas o los problemas que hayan podido derivarse de las mismas en relación con los derechos humanos. Para obtener información de esta naturaleza debe acudir a los «Informes de aplicación» del Reglamento Vigilancia Marítima que cada año debe elaborar la Agencia. Entre el contenido de dichos informes encontramos un apartado relativo a los «SIR» (*Serious Incidents Report* o Informe de incidentes graves, en español) remitidos por los agentes desplegados en las operaciones conjuntas.

Un SIR es un mensaje de alerta que debe ser reportado inmediatamente (en un periodo máximo de dos horas desde la producción del incidente) al *Frontex Situation Centre* (FSC)<sup>1211</sup> y a las autoridades del Estado anfitrión en aquellos casos en que se produzca «un incidente importante e inesperado que precise de la inmediata atención de

---

<sup>1209</sup> Esa es, recordamos, la regla general contenida en el artículo 8.2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de conformidad con el cual «Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al Derecho Internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, podrá notificarlo al Estado del pabellón, pedirle que confirme la matrícula y, si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Visitar el buque; b) Registrar el buque (...)».

<sup>1210</sup> En este sentido, cabe recordar que el artículo 38.3 del Reglamento GEFC 2019 dispone que «El plan operativo (...) [a]barcará todos los aspectos que se consideren necesarios para la realización de la operación conjunta, incluidos los siguientes elementos: (...) j) en operaciones marítimas, información específica sobre la aplicación de la jurisdicción correspondiente y el Derecho aplicable en la zona geográfica donde tenga lugar la operación conjunta, incluidas referencias al Derecho nacional, internacional y de la Unión sobre interceptación, salvamento marítimo y desembarque; en este sentido, *el plan operativo debe elaborarse de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 656/2014*».

<sup>1211</sup> El *Frontex Situation Centre* tiene por objeto proveer información actualizada (en tiempo real) de las fronteras exteriores de la Unión Europea en relación con los flujos migratorios. Además de constituir una fuente de información, actúa como punto central de contacto e información para todos los agentes relacionados con Frontex. Por estos motivos, es un elemento esencial del mecanismo de respuesta rápida ante eventos y situaciones de emergencia en cualquier punto de las fronteras exteriores.

Frontex, siendo de especial relevancia aquellos que supongan una violación de derechos fundamentales»<sup>1212</sup>. Cualquier persona relacionada o involucrada en las actividades coordinadas por la Agencia está obligada a adoptar inmediatamente las medidas necesarias para tramitar el procedimiento SIR en caso de que conozca o esté directamente envuelta en un incidente serio de acuerdo con el catálogo SIR<sup>1213</sup>. El informe debe describir qué sucedió, cuándo y por qué, quién estaba involucrado y qué medidas fueron adoptadas, incluyendo, en particular, posibles violaciones de derechos fundamentales o del derecho a la protección internacional<sup>1214</sup>. En relación con las actuaciones de detección, los SIR disponibles desvelan que los mayores problemas en esta fase primaria de vigilancia fronteriza se producen en aquellas ocasiones en las que las autoridades nacionales de los Estados miembros se aproximan a un buque sospechoso de intentar

---

<sup>1212</sup> Frontex Operations Division (Sea Border Sector), *Operational Plan Hera 2013*, 2013/SBS/01, Varsovia, 2013, p. 31.

<sup>1213</sup> Catálogo SIR [Gil ARIAS (Exdirector ejecutivo de Frontex), *Handbook to the Operational Plan. Joint Maritime Operations*, Varsovia, 13/02/2014. Disponible en: [https://www.asktheeu.org/en/request/1933/response/6894/attach/3/Handbook%20to%20the%20OpPlan%20of%20maritime%20operations%202014.pdf?cookie\\_passthrough=1](https://www.asktheeu.org/en/request/1933/response/6894/attach/3/Handbook%20to%20the%20OpPlan%20of%20maritime%20operations%202014.pdf?cookie_passthrough=1) (Consultado por última vez el 7 de abril de 2020)] :

- Categoría 1: Situaciones de relevancia política y/u operativa con potenciales efectos sobre la gestión de las fronteras en uno o más Estados miembros incluyendo ataques terroristas, desastres naturales, conflictos fronterizos, conflictos armados, etc.
- Categoría 2: Incidentes derivados de las actividades de Frontex y no relacionadas con el personal desplegado (agentes del Estado anfitrión, agentes de los Estados miembros participantes, etc.) incluyendo incidentes en las actividades de Frontex con alta repercusión pública o política (entre otros, muertes de personas, llegadas masivas de inmigrantes irregulares); uso de la fuerza, en particular, el uso de armas en operaciones conjuntas y violaciones de derechos fundamentales reconocidos en el derecho europeo o internacional relacionados con la protección internacional.
- Categoría 3: Incidentes relacionados con agentes participantes en una actividad coordinada por Frontex, incluyendo muerte del personal desplegado, lesiones del personal desplegado, arrestos del personal de desplegado, existencia de enfermedades contagiosas entre el personal, etc.
- Categoría 4: Incidentes relacionados con la vulneración de derechos fundamentales incluyendo derecho a la dignidad; prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes; derecho a la libertad y la seguridad; derecho de asilo; principio de no devolución; derechos del niño y derecho a un recurso efectivo.

Dado el carácter general de las categorías, aunque el documento sea específico para las operaciones marítimas, se deduce que aquellas son extrapolables al resto de operaciones, constituyendo una suerte de instrucciones o circulares internas de la Agencia.

<sup>1214</sup> En cuanto a las consecuencias para los guardias fronterizos involucrados, la Agencia remite el informe al Agente de Derechos Fundamentales de Frontex y a las autoridades de los Estados implicados para que se adopten, en su caso, las medidas disciplinarias que se consideren convenientes. La Agencia, sin embargo, «no tiene autoridad sobre los guardias fronterizos nacionales ni la competencia para iniciar investigaciones en los Estados miembros», únicamente sobre su personal estatutario [Frontex News Release, «F Frontex condemns any form of inhumane treatment and violence», 7 de agosto de 2019. Disponible en: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news-release/frontex-condemns-any-form-of-inhumane-treatment-and-violence-KDNxb6> (Consultado por última vez el 7 de abril de 2020)]. Sobre el régimen disciplinario de los guardias fronterizos que participan en las operaciones coordinadas por la Agencia GEFC *vid.* Capítulo VII.

introducir personas de manera irregular en un determinado territorio y este se da la fuga para evitar ser interceptado.

Hasta la fecha, la operación conjunta en la que se han reportado un mayor número de incidentes en la fase de detección ha sido la *Operación Poseidón*, desplegada actualmente en el Mediterráneo Oriental (principalmente en el Mar Egeo) y acogida por Grecia desde 2010 con ciertas interrupciones y cambios operativos<sup>1215</sup>. Dada la posibilidad que tienen los agentes desplegados en la *Operación Poseidón* de portar y utilizar armas, los intentos de aproximación para proceder a la obtención de información mediante el ejercicio de potestades ordenatorias y conformatorias a bordo de los buques detectados en ocasiones han culminado con un desenlace fatal, como es la muerte de determinadas personas a bordo del buque. De acuerdo con el plan operativo de la *Rabit Operation 2010* en Grecia, las condiciones para el uso de las armas de servicio por parte de los agentes desplegados se ajustaban a lo dispuesto en la ley (griega) 3169/2003, clasificándose los disparos en «intimidatorios», «de inmovilización» y «eliminación». Centrándonos en las dos primeras modalidades (las más frecuentes en las operaciones de detección), los disparos intimidatorios debían llevarse a cabo para adelantar o avisar de futuros disparos contra objetos o personas; por otra parte, los inmovilizadores, cuyo objeto normalmente es el motor de la embarcación, estarían permitidos únicamente para evitar la entrada en el país o la salida del mismo de quienes fueran sospechosos de traficar ilegalmente con personas y objetos<sup>1216</sup>.

Pues bien, son varios los casos en los que los disparos intimidatorios o de inmovilización realizados con la finalidad de proceder a las medidas de detección a bordo del buque han culminado produciendo la muerte de personas que se encontraban en la embarcación objeto de los disparos, ya fueran dichas personas traficantes<sup>1217</sup> o migrantes<sup>1218</sup>. Concretamente, en el seno de la *Operación Poseidón* estas trágicas

---

<sup>1215</sup> Los Informes de aplicación del Reglamento Vigilancia Marítima hacen referencia a incidentes en el seno de la *Operación Poseidón* en los años 2015, 2016 y 2017. *Poseidón* ha adoptado sucesivamente la forma de RABIT en 2010, Intervención Rápida en 2015 y Operación Conjunta desde 2016 hasta la actualidad.

<sup>1216</sup> Anexo H del Plan Operativo de la *RABIT Operation 2010* (Documento n.º 15965 de 29 de octubre de 2010).

<sup>1217</sup> *Serious Incident Report de 15 de abril de 2014, Poseidon Sea 2013*, p. 190, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1218</sup> *Serious Incident Report Log-No 4535/2015 de 29 de agosto de 2015*, p. 44, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

consecuencias se produjeron en aquellos casos en los que los guardias de fronteras desplegados en la operación para vigilar las costas de las islas griegas se aproximaban a una embarcación sospechosa para confirmar los indicios de entrada irregular y el conductor se daba a la fuga de vuelta a Turquía para evitar ser detenido. Según los SIR, las embarcaciones sospechosas eran yates de motor (*motor yacht*)<sup>1219</sup>, veleros (*sailing yacht*)<sup>1220</sup>, lanchas rápidas (*high speed boat*)<sup>1221</sup> y embarcaciones de madera (*wooden boat*)<sup>1222</sup>, entre otros. En cuanto al *modus operandi* de los guardias de fronteras, en la mayoría de informes se habla de disparos al aire (*fired to the air*)<sup>1223</sup>, señales sonoras (*sound signals*)<sup>1224</sup>, disparos de aviso (*warning shots*)<sup>1225</sup>, luces intermitentes (*flashing lights*)<sup>1226</sup> o megafonía (*loudspeaker*)<sup>1227</sup> en la primera fase de aproximación, lo cual provocaba peligrosas maniobras (*dangerous manoeuvres*)<sup>1228</sup>, repetidos intentos de embestir intencionadamente la embarcación de la Guardia Costera, (*repeated attempts to intentionally ram the CPB [Coastal Patrol Boat]*)<sup>1229</sup> e intentos de fuga (*attempts to scape*)<sup>1230</sup> por parte de los traficantes. Dichos intentos de fuga en ocasiones se frenaban

---

<sup>1219</sup> *Serious Incident Report* n.º 103, p. 34, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1220</sup> *Serious Incident Report* n.º 38, p. 10, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1221</sup> *Serious Incident Report* n.º 102, p. 32, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1222</sup> *Serious Incident Report* n.º 192, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1223</sup> *Serious Incident Report* n.º 103, p. 34, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1224</sup> *Serious Incident Report* n.º 102, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1225</sup> *Serious Incident Report* n.º 103, p. 34, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1226</sup> *Serious Incident Report Log-No 4535/2015 de 29 de agosto de 2015*, p. 44, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 8 de abril de 2020].

<sup>1227</sup> *Serious Incident Report Log-No 4535/2015 de 29 de agosto de 2015*, p. 44, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 15 de noviembre de 2019].

<sup>1228</sup> *Ibidem*.

<sup>1229</sup> *Serious Incident Report* n.º 103, p. 34, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 15 de noviembre de 2019].

<sup>1230</sup> *Serious Incident Report* n.º 102, p. 32, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 15 de noviembre de 2019].

con disparos contra el motor de la embarcación (o de inmovilización)<sup>1231</sup> o con intercambios de disparos directos entre los traficantes y los guardas de fronteras que terminaban hiriendo mortalmente a los migrantes a bordo<sup>1232</sup>. Teniendo en cuenta la complejidad en la práctica de la ejecución de las medidas de detección, no es de extrañar que en la mayoría de los *Annual Reports* de aplicación del Reglamento Vigilancia Marítima se dé noticia de incidentes que provocaron la vulneración del derecho a la vida (artículo 2 CDFUE), del derecho a la dignidad humana (artículo 1 CDFUE) o a la integridad de la persona (artículo 3 CDFUE)<sup>1233</sup>.

En cuanto a la autoría de tales violaciones, tras un análisis exhaustivo de los SIR de la *Operación Poseidón* de los años 2014 y 2015, se da la circunstancia de que en todos los casos estudiados los disparos de las armas de servicio reglamentarias fueron realizados por parte de un agente griego, es decir, agentes del Estado anfitrión. Téngase en cuenta, tal y como fue analizado en el Capítulo VII, que conforme a la legislación vigente en aquel momento «los agentes invitados solo desempeñarán funciones y ejercerán competencias bajo las instrucciones de los guardias de fronteras y del personal del Estado miembro de acogida (...) y, como regla general, en su presencia» (artículo 10.3 Reglamento FRONTEX 2004) y que «los agentes invitados estarán autorizados para emplear la fuerza, incluidas las armas de servicio, munición y equipo (...) en presencia de agentes de la guardia de fronteras del Estado miembro de acogida y de conformidad con su legislación nacional» (artículo 10.6 Reglamento FRONTEX 2004). Las disposiciones anteriores, que se mantienen en la actualidad, demuestran las importantes limitaciones o reservas que rodean el uso de la fuerza por parte de los agentes invitados. Ello unido a que, en el caso de la *Operación Poseidón*, en cada buque de Estado participante había un HCG LO (*Hellenic Coast Guard Liaison Officer*), daba como resultado que, cuando era necesario ejercer la fuerza, la primera opción siempre era el agente del Estado anfitrión.

---

<sup>1231</sup> *Serious Incident Report* n.º 127, p. 50, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 15 de noviembre de 2019].

<sup>1232</sup> *Serious Incident Report Log-No 4535/2015 de 29 de agosto de 2015*, p. 44, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2016/aug/frontex-serious-incident-reports.pdf> [consultado por última vez el 15 de noviembre de 2019].

<sup>1233</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2016)*, Varsovia, 2017 y *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2017)*, Varsovia, 2018.



Lo cierto es que el sistema de responsabilidad previsto en relación con actuaciones derivadas del ejercicio de competencias en materia de vigilancia previsto en el Reglamento FRONTEX 2004, al igual que en la actualidad, hacía extremadamente difícil seguir la pista de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos humanos por parte de los agentes. Siendo nula la información publicada por la propia Agencia al respecto en los *Annual Report*, la única fuente que ha desvelado las consecuencias para los agentes de fronteras de las actuaciones citadas fueron las asociaciones de protección de derechos humanos de los migrantes que fiscalizaban la actividad de Frontex<sup>1234</sup>.

#### 4.4 El régimen jurídico de las medidas de interceptación previstas en el Reglamento Vigilancia Marítima.

De acuerdo con la denominación utilizada a lo largo de este trabajo, y con independencia de la nomenclatura empleada por el Reglamento Vigilancia Marítima, a continuación se analizarán aquellas actuaciones de vigilancia fronteriza llevadas a cabo por la GEFC que tienen por objeto la aplicación de las medidas de reacción frente a los cruces no autorizados de la frontera exterior de la Unión, ya sean en grado de tentativa o efectivamente consumados<sup>1235</sup>. Dichas medidas se encuentran contenidas en los artículos 6.2, 7.2 y 8 del Reglamento Vigilancia Marítima, cada uno de ellos aplicable según la embarcación sospechosa sea interceptada en el mar territorial, en alta mar o en la zona contigua, respectivamente. De cara al análisis que se efectuará con posterioridad es necesario señalar que la adopción de estas medidas, en línea con el artículo 3 CFS 2016<sup>1236</sup>, «deben ser proporcionales a los objetivos perseguidos, no discriminatorias, y deben respetar plenamente la dignidad humana, los derechos fundamentales y de los

---

<sup>1234</sup> Es el caso de la noticia «Shoot first. Coast Guard shot at migrants boat, European Border Agency Documents Show» [Disponible en: <https://theintercept.com/2016/08/22/coast-guard-fired-at-migrant-boats-european-border-agency-documents-show/> Consultado por última vez el 8 de abril de 2020)]. En la misma se informa de dos SIR derivados de la *Operación Poseidón* cuyos resultados fueron dos migrantes heridos de bala (primer SIR) y un migrante que, tras sufrir un disparo en la cabeza y quedar en coma, acabó falleciendo unos meses después (segundo SIR). Según Zach CAMPBELL (*The Intercept*), en ambos casos las autoridades judiciales griegas decidieron no considerar responsables de los daños causados a los agentes de fronteras griegos por entender que los disparos se habían ajustado a las reglas de uso de la fuerza establecidas legalmente. En el Capítulo VII y en el presente Capítulo se analiza con mayor grado de detalle el régimen jurídico aplicable actualmente en casos de vulneración de derechos humanos por parte de los equipos de la GEFC durante las actuaciones de vigilancia, diferenciando si el daño lo han producido agentes del Estado miembro de acogida, agentes invitados o miembros del personal estatutario de la Agencia GEFC.

<sup>1235</sup> Como ya se ha señalado, el mencionado Reglamento entremezcla en los mismos preceptos (artículos 6,7, y 8) medidas de detección consistentes en la obtención de información, a través del requerimiento directo a bordo del buque, y medidas de interceptación.

<sup>1236</sup> En efecto, el artículo 3 CFS 2016 dispone que «El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará a: (...) b) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución».

solicitantes de asilo, incluyendo el principio de no devolución» (Considerando 10 del Reglamento Vigilancia Marítima).

#### 4.4.1 Interceptación en el mar territorial y en la zona contigua

Como sabemos, el Derecho Internacional reconoce la potestad de los Estados ribereños para llevar a cabo controles fronterizos en su mar territorial y en su zona contigua con vistas a detener la inmigración irregular. Dicha potestad, consecuencia de la proyección de los derechos soberanos del Estado ribereño sobre el mar adyacente a sus costas, es la que justifica las medidas adoptadas por los Estados miembros en ejecución del artículo 13 CFS 2016, analizadas en el Capítulo V, y la que ha servido de base al legislador de la Unión para configurar los artículos 6 y 8 del Reglamento Vigilancia Marítima. De hecho, muchas de las medidas analizadas en aquel momento y las que se estudiarán a continuación son las mismas. Ahora bien, conviene destacar que el legislador de la Unión ha desempeñado una labor que va más allá del papel asumido por sus homólogos nacionales. Si recordamos, las autoridades nacionales encargadas del control de fronteras analizadas llevaban a cabo modalidades concretas de vigilancia fronteriza en ejecución de cláusulas de orden público de carácter generalista e indeterminado y potestades implícitas en la actividad de vigilancia. Es decir, sin haber acometido una regulación suficiente de sus actividades y sin contar con una normativa que ordene adecuadamente sus actuaciones (*vid.* Capítulo III). Por el contrario, el legislador de la Unión se ha preocupado de establecer en el artículo 6 del Reglamento Vigilancia Marítima las distintas formas de ejecución del artículo 13 CFS 2016 en el mar territorial (también, por remisión del artículo 8 Reglamento Vigilancia Marítima, a la zona contigua) cuando las autoridades fronterizas nacionales actúan coordinadas por la Agencia GEFC, lo cual dota a estas actividades administrativas de una mayor seguridad jurídica y a los migrantes de mayores garantías.

En virtud del artículo 6.2 del Reglamento Vigilancia Marítima «De hallarse elementos probatorios que confirmen la sospecha [de que un buque puede llevar a bordo personas que pretenden eludir las inspecciones en los pasos fronterizos o que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar], el Estado miembro de acogida o un Estado miembro vecino participante podrá autorizar a las unidades participantes a que adopten una o varias de las siguientes medidas [en su mar territorial o en su zona contigua]:

- a) apresar el buque y aprehender a las personas a bordo;

- b) ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua o dirigirse a un destino distinto, inclusive escoltándolo o navegando junto a él hasta que se confirme que el buque se atiene a ese itinerario indicado;
- c) conducir al buque o a las personas a bordo hacia el Estado miembro ribereño con arreglo al plan operativo».

El transcrito apartado 2.a) del artículo 6 del Reglamento Vigilancia Marítima debe ser completado con el artículo 10.1.a) del mismo Reglamento (relativo a las modalidades de desembarco), en virtud del cual «en caso de interceptación en el mar territorial o en la zona contigua (...) el desembarco se realizará en el Estado miembro ribereño, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 2, letra b)». De lo anterior se deduce que las medidas de interceptación llevadas a cabo en el mar territorial y en la zona contigua de un Estado miembro de la Unión Europea (anfitrión, participante o no participante de la operación conjunta) culminan con el desembarco de las personas interceptadas en la propia Unión Europea, con excepción de la medida regulada en el apartado 2. b) del artículo 6. Es precisamente esta singularidad la que provoca la necesidad de analizar dichas medidas de forma independiente según su desenlace.

*a) La medida de interceptación consistente en ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua.*

a.1) El marco jurídico aplicable a la actuación

Como hemos destacado en el epígrafe anterior, de acuerdo con la regulación establecida en los artículos 6.2 y 10.1.a) del Reglamento Vigilancia Marítima, la mayoría de las medidas de interceptación llevadas a cabo en el mar territorial y la zona contigua de un Estado miembro culminan con el desembarco de los pasajeros del buque interceptado en el Estado miembro ribereño. Este tipo de desenlace no es casual, sino que, teniendo en cuenta que los flujos migratorios son mixtos, esta es la mejor manera de garantizar el cumplimiento conjunto de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo y de la Directiva Retorno.

Conviene recordar que el mar territorial entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo por lo que, en teoría, las personas interceptadas en el mar territorial de un Estado miembro de la Unión Europea tienen

derecho a solicitar protección internacional en su territorio<sup>1237</sup>. Por su parte, respecto a aquellos migrantes interceptados en el mar territorial que no sean solicitantes de protección internacional o no resulten beneficiarios de dicho estatuto, la interceptación en el mar territorial obliga a la aplicación de la Directiva Retorno y sus garantías, salvo que el Estado miembro en cuestión haya excluido explícitamente los denominados casos fronterizos de su ámbito de aplicación, en cuyo caso las garantías se reducen, fundamentalmente, aunque no solo, al respeto al principio de no devolución y a la consideración de las necesidades de las personas vulnerables<sup>1238</sup>.

Al contrario de lo que sucede respecto al mar territorial, ni la Directiva sobre Procedimientos de Asilo ni la Directiva Retorno son aplicables a la zona contigua de un determinado Estado miembro. No obstante, al tratarse de una actuación realizada en ejecución del artículo 13 CFS 2016, son aplicables las garantías recogidas en dicho Reglamento y los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE, tales como el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas<sup>1239</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse si la medida de vigilancia fronteriza consistente en ordenar a un buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua es conforme al CFS 2016, a la CDFUE, a la Directiva sobre Procedimientos de Asilo y a la Directiva Retorno. A estos efectos, recordemos nuevamente que nos encontramos ante la única modalidad de interceptación llevada a cabo en el mar territorial y la zona contigua que no culmina con el desembarco de las personas interceptadas en un Estado miembro de la Unión Europea.

#### a.2) Compatibilidad de la actuación con el Derecho de la Unión

Para Frontexit, aceptar el remolque o acompañamiento del buque interceptado fuera del mar territorial o zona contigua supone una legalización de los *push-backs* o devoluciones en caliente en el mar, ya que permite a los Estados miembros forzar a los buques interceptados bajo su jurisdicción a que abandonen dichos espacios marítimos

---

<sup>1237</sup> El propio Reglamento Vigilancia Marítima hace especial hincapié en este sentido cuando dispone que «Tanto los Estados miembros como la Agencia deben cumplir las disposiciones del acervo en materia de asilo, y especialmente la Directiva sobre Procedimientos de Asilo del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros» (Considerando 10).

<sup>1238</sup> Sobre todo ello, *vid.* Capítulo V.

<sup>1239</sup> De nuevo, debemos remitirnos a las reflexiones realizadas al respecto en el Capítulo V.

«sin identificar a las personas a bordo o, aún más importante, sin darles la oportunidad de solicitar protección internacional»<sup>1240</sup>.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con tal afirmación o, al menos, no completamente. En cuanto a la catalogación como *push back*, como se ha señalado anteriormente en este trabajo, la medida de expulsión de un buque del mar territorial o zona contigua de un determinado Estado no es susceptible de provocar, *per se*, la vulneración del principio de no devolución. De hecho, únicamente será así cuando dicha expulsión implique automáticamente la entrada del buque interceptado en un espacio marítimo bajo la jurisdicción de otro Estado donde la vida o la libertad de dichas personas corra peligro (devolución directa) o desde donde puedan ser expulsadas a otro país donde exista dicho peligro (devolución indirecta)<sup>1241</sup>. En lo que respecta a la identificación de las personas interceptadas, conforme a las conclusiones alcanzadas en el Capítulo V, es cierto que su omisión por parte de los guardias fronterizos podría llevar a la vulneración de los principios de no devolución y de prohibición de expulsiones colectivas; de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo (si el solicitante se encontrara en el mar territorial) y de la Directiva Retorno (si el migrante irregular se encontrara en el mar territorial y el Estado no hubiera excluido los casos fronterizos del ámbito de aplicación de la Directiva). Ahora bien, dado que el Reglamento Vigilancia Marítima ha introducido a través de su artículo 4 un «procedimiento de asilo marítimo» que conlleva una suerte de identificación, conviene preguntarse si el mismo ha subsanado las carencias detectadas en materia de vigilancia fronteriza detectadas a nivel nacional. Es decir, cabe cuestionarse si el artículo 4 Reglamento Vigilancia Marítima obliga a los guardias fronterizos participantes en las operaciones coordinadas por la Agencia GEFC a identificar a las personas interceptadas en el mar territorial o zona contigua del Estado anfitrión antes de ordenar la salida de dichos espacios, de forma tal que no sea necesario acudir a otras normas para garantizar el respeto a los derechos humanos de las personas afectadas por la medida.

---

<sup>1240</sup> Frontexit, «Green light to fundamental right violations? The surveillance of external borders as part of Frontex operations», cit., p. 6.

<sup>1241</sup> Este es el caso, por ejemplo, de las islas griegas más próximas a Turquía (Lesbos, Quíos, Samos o Cos). De hecho, cuando en 2007 la guardia costera griega empujaba sistemáticamente a pequeñas embarcaciones de migrantes para expulsarlas de su mar territorial de vuelta a Turquía, algunas organizaciones denunciaron que dichas prácticas podían implicar una vulneración del principio de no devolución (Pro Asyl, *The truth may be bitter, but it must be told. The Situation of Refugees in the Aegean and the Practices of the Greek Coast Guard*, October 2007, p.7). Los hechos coincidieron temporalmente con el despliegue de la operación conjunta *Poseidón* (15 mayo 2007-15 julio 2007).

Pues bien, además de la ausencia de una vía de recurso efectivo, el principal problema del procedimiento de asilo marítimo (identificación de las personas rescatadas o interceptadas; evaluación de sus circunstancias personales; información sobre el destino, etc.) es que únicamente se activa cuando «las personas interceptadas o rescatadas sean desembarcadas, obligadas a entrar en un tercer país, conducidas o entregadas de algún modo a las autoridades de un tercer país» (artículo 4.3 Reglamento Vigilancia Marítima). Como consecuencia, conforme al citado precepto, las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza no están obligadas a respetar estas garantías procedimentales en aquellos casos en los que la medida consistente en «ordenar al buque [interceptado] que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua» no ponga en riesgo el principio de no devolución. Es decir, aparentemente, en aquellos casos en los que el mar territorial o la zona contigua de un Estado miembro no colinden con el mar territorial o la zona contigua de un tercer Estado, puede adoptarse esta medida sin identificar a las personas interceptadas y evaluar sus circunstancias personales. Esta conclusión parece difícilmente compatible con las garantías de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, de la Directiva Retorno y con la jurisprudencia emanada del TEDH en relación con la prohibición de expulsiones colectivas (STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*).

Concretamente, en relación con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, la no aplicación del artículo 4 Reglamento Vigilancia Marítima en los casos referidos parece apuntar a que estas personas únicamente podrían solicitar asilo si pasan el denominado «*shout test*»<sup>1242</sup>. Este *modus operandi* abre la puerta a un interrogatorio a bordo del buque de la guardia costera con vistas a evaluar sus circunstancias personales «únicamente en aquellos casos en los que [los migrantes] alcen las manos, salten arriba y abajo y griten (y dichos gritos sean reconocibles) insistiendo agresivamente en que temen por su vida»<sup>1243</sup>. En el ámbito de la vigilancia fronteriza es esencial destacar la diferencia entre

---

<sup>1242</sup> Este método fue empleado por la guardia costera estadounidense durante sus interceptaciones de migrantes haitianos durante 2004.

<sup>1243</sup> Bill FRELICK, «Abundantly Clear: Refoulement», *Georgetown Immigration Law Journal*, n.º 19 (2004-2005), pp. 245-246, *apud* Marten DEN HEIJER, «How the Frontex Sea Borders Regulation avoids the hot potatoe», cit.

En relación con las formas de solicitar asilo, la *Guía práctica: Acceso a procedimiento de asilo*, elaborada por Frontex y EASO para funcionarios de primer contacto con posibles solicitantes de protección internacional (2016), dispone que «es posible expresar la intención de solicitar protección internacional de muy diversas maneras. Cualquier manifestación de temor a ser perseguida o a sufrir daños graves que realice una persona si se le deniega la entrada, expresada verbalmente o por escrito, se considera una formulación de la solicitud. No es necesario utilizar las palabras exactas “asilo” o “refugiado”» (p. 4).

una formulación de protección internacional y la presentación de una solicitud de protección internacional. Mientras que la primera consiste en «el acto de expresar, de cualquier modo y ante cualquier autoridad, el deseo propio de obtener protección internacional», la segunda «se refiere al momento en el que el solicitante facilita información o documentos para completar el expediente creado al registrar la solicitud»<sup>1244</sup>. En el caso de las fronteras exteriores marítimas, la primera actividad tiene lugar ante los guardias fronterizos encargados de la vigilancia y la segunda al llegar al territorio del Estado miembro en cuestión. No obstante, en el caso de la medida consistente en ordenar a un buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial, al no ser necesario identificar a los interceptados y valorar sus circunstancias personales en todos los casos (solo cuando quepa vulnerar el principio de no devolución), parece materialmente imposible que una persona pueda formular su solicitud de protección internacional ante las autoridades interceptadoras si no hace valer sus pretensiones manifiestamente. Ello transforma, *de facto*, esta medida de interceptación en una denegación de protección internacional cuando, sin embargo, no es responsabilidad de los agentes encargados de la vigilancia fronteriza «evaluar si la persona a la que atiende tiene necesidades relacionadas con la protección y si puede optar a la protección internacional o no» teniéndose aquellos que limitar a «la remisión a las autoridades competentes [de manera] rápida y eficiente para garantizar el derecho de asilo en la práctica»<sup>1245</sup>. En definitiva, como bien apunta el Agente de Derechos Fundamentales (en relación con el procedimiento de asilo marítimo), en las operaciones de la Agencia GEFC persiste una «falta de claridad y/o ausencia de métodos claros para la evaluación de las circunstancias personales de las personas interceptadas y rescatadas»<sup>1246</sup>.

Por otra parte, en relación con la aplicación de la Directiva Retorno a los casos objeto de análisis, la falta de identificación de los interceptados imposibilita materialmente la aplicación de las garantías contenidas en la citada norma (tales como la existencia de una resolución, de intérprete en los casos que sea necesario, de un recurso

---

<sup>1244</sup> Frontex y EASO, *Guía práctica: Acceso a procedimiento de asilo*, pp. 4 y 5.

<sup>1245</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1246</sup> De hecho, cuando sí los hay, el Agente de Derechos Fundamentales agradece la inclusión en el Plan Operativo de una referencia al rol de los agentes de fronteras en la garantía de acceso a la protección internacional mediante la utilización de mecanismos concretos, así como la referencia explícita a la obligación de ofrecer proactivamente información a los migrantes y refugiados [*Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2017)*, Varsovia, 2016, p. 12].

efectivo, etc.). Esta consecuencia es extrapolable incluso a aquellos casos en los que las garantías se reduzcan al mínimo como consecuencia de la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los denominados casos fronterizos. Sin una identificación previa es improbable que se realice una evaluación de las necesidades de las personas interceptadas más vulnerables (como menores o mujeres en estado de gestación).

Por último, en relación con el principio de prohibición de expulsiones colectivas (artículo 19.1 CDFUE), al contrario de lo que disponen las Directivas sobre Procedimientos de asilo y Retorno, este entra en juego tanto cuando se ordena la salida de la embarcación interceptada del mar territorial como de la zona contigua. Tal y como se ha argumentado a lo largo de esta investigación, la aplicación de la CDFUE en estos casos se deriva de la ejecución del artículo 13 CFS 2016. Como sabemos, a raíz de la STEDH *Hirsi y Jamaa c. Italia*, resulta imprescindible la identificación de las personas interceptadas o rescatadas y la valoración de sus circunstancias personales para que la medida objeto de análisis no entre en conflicto con dicho principio.

### a.3) La ineficacia del procedimiento de «asilo marítimo»

Del análisis precedente se puede deducir que el legislador de la Unión Europea ha cometido un error considerable a la hora de configurar el artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima (aparte del ya mencionado anteriormente en relación con el derecho a un recurso efectivo), que es vincular la identificación y la valoración de las circunstancias personales de los interceptados exclusivamente al principio de no devolución, y no a cualquier medida de interceptación. Como consecuencia, cuando no se pone en riesgo dicho principio (como en el caso de expulsión del mar territorial o la zona contigua de un Estado miembro no colindante con el mar territorial o la zona contigua de un tercer Estado) otras garantías vinculadas a la identificación y valoración de las circunstancias (como la prohibición de expulsiones colectivas, la existencia de personas vulnerables a bordo o la formulación de una solicitud de protección internacional) quedan desprotegidas. Este error, en el caso de los solicitantes de protección internacional, se traduce en una penalización específica de la entrada irregular por vía marítima en un Estado miembro, al encontrarse en circunstancias más perjudiciales que aquellos que han entrado por otra vía en la que la formulación y la



solicitud suelen coincidir en el tiempo (como la terrestre). Situación irregular que, no se olvide, resulta irrelevante para el régimen del asilo<sup>1247</sup>.

A modo de conclusión, si comparamos el régimen jurídico de esta medida de interceptación concreta con su equivalente a nivel nacional (Capítulo V), el Reglamento Vigilancia Marítima (concretamente su artículo 4) únicamente aporta mayores garantías en el caso concreto de que la medida de expulsión del mar territorial o la zona contigua implique la entrada de la embarcación interceptada en un tercer Estado. Esta es la única forma de que se activen las garantías de identificación y valoración de las circunstancias personales de las personas interceptadas, carentes de positivación en las regulaciones nacionales y esenciales en relación con las solicitudes de protección internacional, el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas.

*b) La medida de interceptación consistente en conducir al buque interceptado en el mar territorial o la zona contigua al Estado miembro ribereño*

b.1) El marco jurídico aplicable a la actuación

El artículo 10.1.a) del Reglamento Vigilancia Marítima, en relación con el artículo 6.2 del mismo texto, establece que «en caso de interceptación en el mar territorial o en la zona contigua (...) el desembarco se realizará en el Estado miembro ribereño, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 2, letra b)». Una vez analizado el régimen jurídico correspondiente a la medida contenida en el artículo 6.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima, es necesario ahora comprobar las repercusiones desde el punto de vista de los derechos humanos del desembarco de las personas interceptadas en un Estado miembro. Desembarco que puede ser tanto consecuencia de la aplicación del artículo 6.2.a) Reglamento Vigilancia Marítima «apresar el buque y aprehender a las personas a bordo» como del artículo 6.2.c) Reglamento Vigilancia Marítima «conducir al buque o a las personas a bordo hacia el Estado miembro ribereño con arreglo al plan operativo».

Descartados posibles problemas en relación con la aplicación de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo, la Directiva Retorno y el principio de prohibición de

---

<sup>1247</sup> De acuerdo con la Guía práctica de Frontex-EASO: *Acceso a procedimiento de asilo*, «Cualquiera puede ser un refugiado, con independencia de si ha entrado en un Estado miembro o se encuentra en su territorio de manera irregular, y de si utiliza documentos fraudulentos o falsos, o carece de cualquier documentación, incluso si tiene prohibida la entrada por haber estado anteriormente en una situación migratoria irregular» (p.13).

expulsiones colectivas como consecuencia del desembarco en el territorio de la Unión Europea, no cabe realizar el mismo razonamiento en lo que respecta al principio de no devolución (artículo 3 CEDH, artículo 19.2 CDFUE y artículo 3 CFS 2016).

b.2) La errónea presunción de que en todos los Estados miembros se respeta el principio de no devolución

De la lectura del Reglamento Vigilancia Marítima se infiere que el legislador de la Unión Europea da por hecho que los Estados miembros de la Unión Europea son países seguros desde el punto de vista del principio de no devolución. Es decir, se da por hecho que las personas desembarcadas en los mismos no están expuestas a pena de muerte, tortura, persecución o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante ni su vida o libertad están amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política ni existe un riesgo grave de ser expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo el principio de no devolución. Prueba de ello es que las garantías contenidas en el artículo 4.3 Reglamento Vigilancia Marítima se activan únicamente cuando «las personas interceptadas o rescatadas sean desembarcadas, obligadas a entrar en un *tercer país*, conducidas o entregadas de algún otro modo a las *autoridades de un tercer país*». Esta premisa de que todos los Estados miembros de la Unión Europea respetan el principio de no devolución encuentra su fundamento en el sometimiento de todos ellos a un ordenamiento jurídico que garantiza el mencionado principio y en el elevado estándar de cumplimiento del mismo. Estos factores convierten al principio de confianza mutua en el sustento del Espacio Schengen. No obstante, pese a la existencia de dicho principio, otras normas reguladoras de la política migratoria en el ELSJ contienen cláusulas que permiten a los Estados miembros cuestionar esa hipótesis de partida, a fin de evitar la posible violación del artículo 19.2 CDFUE como consecuencia de un peligroso automatismo. Es el caso del Reglamento (UE) n.º 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (en adelante, Reglamento Dublín 2013).

Como se ha avanzado anteriormente en este estudio, el sistema Dublín implica el establecimiento de una serie de criterios que permiten determinar qué Estado miembro se hará cargo de examinar una demanda de asilo presentada en el Espacio Schengen. De esta

forma, si un demandante presenta su solicitud en un Estado «no responsable», este último puede proceder a su traslado al Estado miembro que corresponda, conforme a los criterios señalados en el Capítulo III del Reglamento Dublín (artículo 3.1 Reglamento Dublín 2013). Ahora bien, en virtud de la denominada cláusula de soberanía, «cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento» (artículo 17.1 Reglamento Dublín 2013). Es a raíz de la puesta en práctica del sistema Dublín, mediante el traslado de los solicitantes de protección internacional entre Estados miembros, que tanto el TEDH como el TJUE han constatado que en algunos de ellos no se respeta el principio de no devolución. Dichas resoluciones han dado pie a que algunos autores critiquen el abuso del principio de confianza mutua en la configuración del Reglamento Vigilancia Marítima<sup>1248</sup>.

Aunque hubo algunos pronunciamientos previos, fue la STEDH de 21 de enero de 2011 *M.S.S c. Grecia y Bélgica* la que constituyó el punto de inflexión en relación con el cumplimiento del principio de no devolución en el seno del sistema Dublín. Se trataba de un caso en el que un solicitante de asilo afgano (M.S.S) fue trasladado desde Bélgica a Grecia para la tramitación de su solicitud de asilo por parte del Estado heleno, al ser este último responsable del procedimiento de acuerdo con el artículo 13.1 Reglamento Dublín 2013<sup>1249</sup>. El TEDH, tras constatar que la situación en la que se encontró el recurrente en Grecia durante la tramitación de su demanda de asilo «era de una particular gravedad (...), de indigencia más absoluta, [sin] haber podido hacer frente a sus necesidades más elementales: alimentarse, lavarse y alojarse (...) [además de sentir una]

---

<sup>1248</sup> Steve PEERS, *New Rules on maritime surveillance: will they stop the deaths and push-backs in the Mediterranean?*, cit., p. 5; Maarten DEN HEIJER, «How the Frontex Sea Borders Regulation avoids the hot potatoes», cit., p. 8; Juan SANTOS VARA y Soledad SÁNCHEZ TABERNERO, «In deep Water: Towards a greater commitment for human rights in sea operations coordinated by Frontex?», *European Journal of Migration and Law*, 18, 2016, p. 84; Lisa HESCHL, *Protecting the rights of refugees beyond European Borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 172; y Elspeth GUILD, Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOOG y Joanna PARKIN, «Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office», Study for the Directorate General for Internal Policies of the European Parliament, Policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs), 2011, p. 60.

<sup>1249</sup> En virtud de este precepto, «Si se determina, atendiendo a pruebas o a indicios según se describen en las dos listas citadas en el artículo 22, apartado 3, del presente Reglamento, incluidos los datos mencionados en el Reglamento (UE) n.º 603/2013, que el solicitante ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercer país, el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional. Esa responsabilidad cesará 12 meses después de la fecha en que se haya producido el cruce irregular de fronteras» (artículo 13.1 Reglamento Dublín).

permanente angustia de ser atacado o robado así como la ausencia total de perspectiva de mejorar», condenó a Grecia y Bélgica por la violación del artículo 3 CEDH. En el caso de Grecia, por las circunstancias a las que tuvo que hacer frente el demandante en territorio heleno (principio de no devolución directo) y, en el caso de Bélgica, por haber expuesto a M.S.S a dichas condiciones como consecuencia del traslado (principio de no devolución indirecto). Según el TEDH, en aplicación de la cláusula de soberanía, las autoridades belgas habrían podido abstenerse de transferir al demandante si hubieran considerado que el país de destino, en este caso Grecia, no cumplía con las obligaciones del Convenio (aps. 339 y 340).

En la misma línea que el TEDH se manifestó el TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*<sup>1250</sup>. En esta última, el órgano jurisdiccional de la Unión resolvía conjuntamente cuestiones prejudiciales planteadas por la *Court of Appeal* (Reino Unido) y por la *High Court* (Irlanda). Dichas cuestiones surgieron a raíz de litigios entre solicitantes de asilo que debían ser trasladados a Grecia en virtud del Reglamento n.º 343/2003 (en adelante, Reglamento Dublín 2003)<sup>1251</sup> y las autoridades, respectivamente, del Reino Unido e irlandesas<sup>1252</sup>. Según el TJUE, «el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del [Reglamento Dublín 2003] designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea» (ap. 123). Por este motivo, el artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (principio de no devolución) «debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al “Estado miembro responsable” (...) cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos

---

<sup>1250</sup> STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10.

<sup>1251</sup> Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

<sup>1252</sup> En lo que aquí interesa, el TJUE dio respuesta a las siguientes preguntas: «¿Prohíbe la obligación de respetar los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea la aplicación de una presunción *iuris et de iure* de que el Estado responsable [de tramitar la petición de asilo] observará (...) los derechos fundamentales del solicitante de asilo reconocidos por el Derecho de la Unión (...)? ¿Obliga el Derecho de la Unión, y en caso afirmativo, en qué circunstancias, a un Estado miembro a ejercer la facultad prevista por el artículo 3, apartado 2, del Reglamento [Dublín 2003] de examinar y asumir la responsabilidad de una solicitud de asilo cuando el traslado al Estado responsable expondría al solicitante [de asilo] a un riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales (...)?» (ap. 50).

inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición» (ap. 123). La consecuencia principal de esta interpretación, al igual que se deduce del caso *M.S.S c. Grecia y Bélgica*, es que «si fuera necesario, corresponderá al Estado en el que se halle el solicitante de asilo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del [Reglamento Dublín 2003, en el que se contiene la cláusula de soberanía]». Tal y como sintetiza MORGADES GIL, la principal diferencia entre el pronunciamiento del TJUE y el del TEDH es que el primero considera que solo una situación general de deficiencias sistemáticas puede suponer una vulneración del principio de no devolución mientras que el segundo utiliza un criterio más amplio que tiene en cuenta tanto la situación general del país como la situación individual del demandante<sup>1253</sup>.

b.3) La necesidad de incluir una excepción al principio de confianza mutua en materia de respeto al principio de no devolución en el Reglamento Vigilancia Marítima

Tal y como se desprende del epígrafe anterior, la regla contenida en el artículo 10.1.a) del Reglamento Vigilancia Marítima según la cual «en caso de interceptación en el mar territorial o en la zona contigua (...) el desembarco se realizará en el Estado miembro ribereño» puede presentar algunos problemas desde la perspectiva del respeto al principio de no devolución.

De acuerdo con los informes anuales de aplicación del Reglamento Vigilancia Marítima disponibles hasta la fecha, «el Estado miembro ribereño» al que se refiere el artículo 10.1.a) del Reglamento Vigilancia Marítima suele coincidir con el Estado miembro anfitrión de la operación conjunta coordinada por la Agencia GEFC<sup>1254</sup>. Se trata de una consecuencia lógica si tenemos en cuenta que una operación conjunta se

---

<sup>1253</sup> Silvia MORGADES GIL, «El sistema Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia TEDH de 4 de noviembre de 2014 (Gran Sala), *Tarhkel c. Suiza*, 29217/12», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51, 2015, pp. 760 y 761. En el caso *Tarhkel c. Suiza*, el TEDH fue aún más allá que en *M.S.S c. Grecia y Bélgica* en cuanto a las causas que pueden originar la violación del principio de no devolución. El TEDH consideró que Suiza vulneró el artículo 3 CEDH por trasladar a Italia a unos solicitantes de asilo sin haber obtenido previamente una garantía en Italia de que la acogida dispensada estaría adaptada a la edad de los niños y de que se preservaría la unidad familiar.

<sup>1254</sup> Aunque los artículos 6.1 y 8.1 del Reglamento Vigilancia Marítima prevén la adopción de medidas de interceptación en el mar territorial y la zona contigua de Estados miembros participantes en la operación (por tanto, no anfitrión), la regla general es que el desembarco se produzca en el país anfitrión. Así lo reflejan los *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex* de los años 2015, 2016 y 2017 en relación con las operaciones *Hermes* (Italia), *Tritón* (Italia), *Poseidón* (Grecia) e *Indalo* (España).

desarrolla, normalmente, con vistas a reforzar las actividades propias de control fronterizo en el mar territorial y la zona contigua del Estado miembro que la solicita<sup>1255</sup>. El problema es que los Estados que hospedan las operaciones conjuntas son los más afectados por la crisis migratoria y, como consecuencia, los que suelen presentar por ello mismo deficiencias sistemáticas en sus sistemas de acogida de solicitantes de asilo. Así ha ocurrido, justamente, con Italia y Grecia, los dos Estados miembros que han sido condenados por el TEDH por vulnerar el principio de no devolución y que, al mismo tiempo, han ejercido como Estados anfitriones de operaciones conjuntas en mayor número de ocasiones y durante un periodo más prolongado. Pese estas circunstancias, el Reglamento Vigilancia Marítima no prevé ningún mecanismo que permita excepcionar la regla del desembarco en el Estado ribereño/anfitrión en caso de que se constaten deficiencias sistemáticas en el sistema de acogida de dicho Estado. Y ello pese a que el TJUE ya había sentenciado que «el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual [un] Estado miembro respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea» tres años antes de la promulgación del citado Reglamento<sup>1256</sup>.

En el caso del Reglamento Dublín 2013, tanto el TEDH como el TJUE han interpretado que la cláusula de soberanía se puede convertir en «una garantía del respeto de los derechos humanos ante riesgos de violación del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes por la aplicación del sistema Dublín»<sup>1257</sup>. No obstante, una solución de esta naturaleza no es la más adecuada para subsanar las carencias del Reglamento Vigilancia Marítima en relación con el principio de confianza mutua. Es necesario recordar que la cláusula de soberanía debe activarse por parte de un Estado miembro cuando (según la interpretación del TJUE) detecte que el «Estado responsable» de tramitar una solicitud de asilo conforme al sistema Dublín presenta deficiencias sistemáticas que pueden derivar en tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, en el caso de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia GEFC no hay ningún

---

<sup>1255</sup> De hecho según el *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex* (2017), «En verano de 2017 Italia cuestionó este hecho y requirió a Frontex para que explorara cómo el plan operativo de la Operación *Tritón* podría ser mejorado para mitigar el hecho de que todos los desembarcos fueran automática y sistemáticamente realizados en el Estado anfitrión» (p. 14).

<sup>1256</sup> STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S y M.E c. España*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, ap. 123.

<sup>1257</sup> Silvia MORGADES GIL, «El sistema Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia TEDH de 4 de noviembre de 2014 (Gran Sala), *Tarhkel c. Suiza*, 29217/12», cit., p. 761.

traslado desde un Estado miembro hasta el Estado miembro anfitrión donde se produce el desembarco. Es decir, existe una ausencia de soberanía estatal que reclamar por parte de un determinado Estado con vistas a asumir la responsabilidad de tramitar la solicitud de asilo y evitar la violación del principio de no devolución. Ello nos lleva a tener que buscar otras alternativas que garanticen el respeto al principio de no devolución cuando se produce el desembarco en un Estado miembro.

La primera opción podría ser introducir en el Reglamento Vigilancia Marítima una cláusula que impidiera que un Estado que presenta deficiencias sistemáticas en su sistema de acogida se convirtiera en el lugar de desembarco de las personas rescatadas<sup>1258</sup>. De esta forma, el artículo 10.1.a) del Reglamento podría quedar redactado, por ejemplo, como sigue: «en caso de interceptación en el mar territorial o en la zona contigua (...) el desembarco se realizará en el Estado miembro ribereño, *a no ser que este último presente deficiencias sistemáticas en su sistema nacional de acogida de solicitantes de asilo, (...)»* (texto añadido en cursiva). El problema que sigue a esta solución es determinar qué Estados miembros se harán responsables de las solicitudes de protección internacional en dicho caso.

Una segunda opción que permitiría subsanar, aunque limitadamente, el problema planteado en este epígrafe sería abrir la puerta a la aplicación del artículo 4.3 del Reglamento Vigilancia Marítima en caso de desembarco en cualquier Estado, incluso Estados miembros de la Unión, y no exclusivamente en el caso de desembarco o entrega

---

<sup>1258</sup> En relación con la detección de deficiencias en el sistema de acogida de los Estados miembros, la Comisión debe presentar cada cinco años un informe sobre la aplicación de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (artículo 30 de la Directiva sobre Acogida). Aunque sea claramente insuficiente y, en nuestra opinión, resulte necesario crear un mecanismo de evaluación de los sistemas de acogida a nivel europeo equivalente al Mecanismo de Evaluación Schengen, dicho informe podría ser útil para detectar las mencionadas deficiencias. Ello sin perjuicio de la posibilidad de la Comisión de iniciar procedimientos por incumplimiento del Derecho de la Unión de conformidad con el artículo 258 TFUE.

En este sentido, conviene destacar que en 2015 la Comisión Europea puso en marcha 40 procedimientos de infracción en relación con el Sistema Europeo de Asilo [Información disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_15\\_5699](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_15_5699) (Consultado por última vez el 19/08/2020)]. En la mayoría de los casos los procedimientos concluyeron en sede administrativa; no obstante, en el caso de Hungría, Polonia y República Checa el procedimiento acabó con la declaración de incumplimiento de la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo de 14 de septiembre de 2015 relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (en el caso de Polonia y República Checa) y de la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (en el caso de Hungría, Polonia y República Checa) mediante la STJUE, de 2 de abril de 2020, *Comisión c. Polonia (Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale)*, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, ap. 189.

a autoridades de terceros Estados. De esta forma, se podría dar a los migrantes interceptados «la oportunidad de expresar las razones para creer que el desembarco en el lugar propuesto representaría un incumplimiento del principio de no devolución» (artículo 4.3 del Reglamento Vigilancia Marítima). El problema en este caso es que las deficiencias sistemáticas en el sistema de acogida de un determinado Estado no serán muchas veces lo suficientemente conocidas por los migrantes como para alegar su existencia antes del desembarco, como ocurre con otro tipo de causas que provocan el incumplimiento de dicho principio.

#### 4.4.2 Interceptación en alta mar

##### *a) Formas en que puede producirse la interceptación en alta mar*

Como ya se ha apuntado, el Reglamento Vigilancia Marítima condiciona la aplicación de las medidas de interceptación contempladas en el artículo 7.2 Reglamento Vigilancia Marítima (alta mar) a la autorización del Estado de abanderamiento del buque detectado<sup>1259</sup>. Concretamente, de acuerdo con este precepto, confirmada la sospecha de que un buque que se encuentra en alta mar está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes tras la realización de las correspondientes medidas de detección, y tras obtener autorización del Estado de abanderamiento, las unidades participantes de la GEFC pueden adoptar una de las siguientes medidas:

- a) apresar el buque y aprehender a las personas a bordo;
- b) advertir y ordenar al buque que no entre en el mar territorial o en la zona contigua y, si fuera necesario, exigir al buque que cambie su rumbo hacia un destino que no sea el mar territorial o la zona contigua;
- c) conducir al buque o a las personas a bordo a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país;
- d) conducir al buque o a las personas a bordo al Estado miembro de acogida o a un Estado vecino participante.

---

<sup>1259</sup> En el caso de buques apátridas, la unidad participante podrá visitar y registrar el buque con vistas a verificar su ausencia de nacionalidad y, de hallarse elementos probatorios de que este está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar, el Estado miembro de acogida podrá adoptar otras medidas adecuadas conforme a lo dispuesto en los apartados 7.1 (medidas de detección) y 7.2 (medidas de interceptación), con arreglo al Derecho nacional e internacional [artículo 7.11 Reglamento Vigilancia Marítima].



De la misma forma que el artículo 6 del Reglamento Vigilancia Marítima (relativo a la interceptación en el mar territorial y, por remisión del artículo 8, a la zona contigua) debía ser completado con el artículo 10.1.a) del mismo Reglamento (relativo al desembarco en estos casos), el artículo 7 Reglamento Vigilancia Marítima debe ser completado con lo dispuesto en el artículo 10.1.b) Reglamento Vigilancia Marítima. En virtud de este último «en caso de interceptación en alta mar (...) el desembarco podrá realizarse en el tercer país del que se suponga que haya partido el buque. Si esto no es posible, el desembarco se producirá en el Estado miembro de acogida». De una lectura conjunta de los artículos 7.2 y 10.1.b) del Reglamento Vigilancia Marítima se puede concluir que la detección en alta mar puede finalizar con medidas de interceptación que impliquen el desembarco de los migrantes, bien en un tercer Estado [artículo 7.2.a) en relación con artículo 10.1.b) y artículo 7.2.c) Reglamento Vigilancia Marítima]<sup>1260</sup>, bien en un Estado miembro [artículo 7.2.d) Reglamento Vigilancia Marítima]; o con medidas de interceptación que impiden la entrada en la zona contigua o el mar territorial de un Estado miembro [artículo 7.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima].

Respecto a la medida de interceptación consistente en «advertir y ordenar al buque que no entre en el mar territorial o en la zona contigua (...)» [artículo 7.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima], ha de señalarse que las consecuencias de su realización son muy similares a «ordenar al buque que modifique su rumbo para salir del mar territorial o la zona contigua (...)» [artículo 6.2.b) Reglamento Vigilancia Marítima], ya analizada en con anterioridad. De hecho, las normas del Derecho de la Unión Europea aplicables son las mismas que a los buques interceptados en la zona contigua: la CDFUE y el CFS 2016. El principal problema que plantea la medida, de nuevo, al no implicar necesariamente una posible vulneración del principio de no devolución (debido a que el buque interceptado se sigue encontrando en alta mar después de la orden), es la no activación del denominado procedimiento de «asilo marítimo»<sup>1261</sup>. Como consecuencia, dado que de acuerdo con el Reglamento Vigilancia Marítima los agentes de la GEFC no parecen estar obligados a

---

<sup>1260</sup> Ya sea conduciendo el buque o a las personas a bordo a un tercer país o a las autoridades de un tercer país (de donde haya partido el buque u otro).

<sup>1261</sup> Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: The international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 208. Según esta autora solo habrá devolución si entra en juego la segunda parte del artículo 7.2 Reglamento Vigilancia Marítima (exigir al buque que cambie su rumbo hacia un destino que no sea el mar territorial o la zona contigua) y ello implica la entrada en un lugar donde la vida o libertad de las personas interceptadas se encuentre en peligro o desde donde puedan ser indirectamente devueltos a otro Estado donde corran dicho riesgo. En este caso sí se activarían las garantías del artículo 4.3 del Reglamento Vigilancia Marítima.

identificar y considerar las circunstancias personales de los migrantes interceptados en alta mar, podría producirse, nuevamente, una vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas contenida en el artículo 19.1 CDFUE. Eso sí, para afirmar tal vulneración sería necesario acogerse a la interpretación del TEDH de que se pueden producir expulsiones colectivas de carácter extraterritorial, tal y como se afirmó en la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*<sup>1262</sup>.

En segundo lugar, en relación con la medida consistente en «conducir al buque o a las personas a bordo al Estado miembro de acogida o a un Estado vecino participante» [artículo 7.2.d) Reglamento Vigilancia Marítima], los problemas derivados de su aplicación son también los mismos que los analizados en relación con la medida consistente en «conducir al buque o a las personas a bordo hacia el Estado miembro ribereño con arreglo al plan operativo» [artículo 6.2.c) Reglamento 2014] cuando el buque es detectado en el mar territorial o la zona contigua de un Estado miembro, análisis al que debemos ahora remitirnos.

*b) En concreto, las medidas de interceptación en alta mar que comportan el desembarco de las personas interceptadas en un tercer país*

A lo largo de este epígrafe se analizarán las medidas de interceptación en alta mar que comportan el desembarco de las personas interceptadas en un tercer país<sup>1263</sup>. Dado su desenlace, al contrario que otras actuaciones analizadas anteriormente, ambas medidas exigen la observación del procedimiento de «asilo marítimo» del artículo 4.3 del Reglamento Vigilancia Marítima.

De acuerdo con los informes de aplicación del Reglamento Vigilancia Marítima disponibles hasta el momento, ninguna medida de interceptación en alta mar de ninguna operación conjunta desarrollada hasta el momento ha culminado con el desembarco de

---

<sup>1262</sup> A este respecto, *vid.* Capítulo V.

<sup>1263</sup> Esta posibilidad, como ya nos consta, se desprende del juego conjunto de los artículos 7.2.a) y c) y 10.1.b) Reglamento Vigilancia Marítima. Artículo 7.2 Reglamento Vigilancia Marítima: «confirmada la sospecha de que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes tras la realización de las correspondientes medidas de detección, y tras obtener autorización del Estado de abanderamiento, las unidades participantes de la GEFC pueden adoptar una de las siguientes medidas:

a) apresar el buque y aprehender a las personas a bordo; (...)

c) conducir al buque o a las personas a bordo a un tercer país o, alternativamente, entregar el buque o las personas a bordo a las autoridades de un tercer país».

Artículo 10.1.b) Reglamento Vigilancia Marítima: «en caso de interceptación en alta mar (...) el desembarco podrá realizarse en el tercer país del que se suponga que haya partido el buque. Si esto no es posible, el desembarco se producirá en el Estado miembro de acogida».

las personas interceptadas en un tercer país<sup>1264</sup>. De hecho, aunque en algunos planes operativos se contemplaba esta posibilidad, nunca se ha llegado a poner en práctica<sup>1265</sup>. Este hecho llama poderosamente la atención si se tiene en cuenta que los informes de situación general sobre potenciales terceros países de desembarco que realizaban los Estados miembros en aplicación del artículo 4.2 Reglamento Vigilancia Marítima eran positivos, de lo que se deduciría que dichos Estados eran seguros. Ahora bien, conviene tener en cuenta las críticas vertidas por el Agente de Derechos Fundamentales sobre estos informes. En primer lugar, estos tendrían meramente a enumerar una lista de instrumentos políticos y legales sin ofrecer ninguna evaluación o análisis sobre si las prácticas en los terceros países podían contravenir derechos fundamentales o el principio de no devolución en el sentido del artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima. En segundo lugar, las evaluaciones no incorporaban las conclusiones a la que hubieran llegado los mecanismos de supervisión nacionales o internacionales de respeto a los derechos humanos y al derecho de asilo en los terceros Estados. Por último, el Agente de Derechos Fundamentales criticaba que las evaluaciones no se basaban en el «amplio rango de fuentes» al que se refiere el artículo 4.2 del Reglamento Vigilancia Marítima para determinar la situación en el tercer país (entre otras, informes de organizaciones

---

<sup>1264</sup> Distinto es el caso de las operaciones conjuntas llevadas a cabo antes de la entrada en vigor del Reglamento Vigilancia Marítima. La operación conjunta *Nautilus* (2008-2009) coincidió con la política italiana de *push-backs* de migrantes procedentes de Libia analizada en el Capítulo V. Como sabemos, la mencionada política fue posible gracias al *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista*, de 23 de octubre de 2008 y sus Protocolos de aplicación. Pues bien, según Human Rights Watch, el 18 de junio de 2009 «El helicóptero alemán Puma que operaba en la *Operación Nautilus* coordinó la interceptación por parte de la guardia costera italiana de un barco que llevaba 75 inmigrantes a 29 millas al sur de Lampedusa. La guardia costera italiana transfirió a los migrantes a una patrullera libia que los llevó a Trípoli» [Human Rights Watch, *Pushed Back, Pushed Around. Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*, 2009, p. 37. Disponible en: [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909web\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909web_0.pdf) (Consultado por última vez el 8 de abril de 2020)]. No obstante, según un comunicado de prensa de Frontex de 21 de septiembre de 2009, aunque la operación *Nautilus* se encontraba activa el 18 de junio de 2009, el área operacional era diferente a aquella en la que supuestamente se produjeron los hechos, según indica Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, n.º 2, p. 184.

<sup>1265</sup> Por ejemplo, el *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex* (2014), Varsovia, 2015, en relación con la operación *Poseidon Sea* 2014 establecía lo siguiente: «aunque en el plan operativo se previera la posibilidad de conducir o desembarcar personas en el territorio de Turquía, de acuerdo con el informe de situación general llevado a cabo por las autoridades helenas, todas las personas interceptadas y rescatadas tanto en el mar territorial griego como en el área operacional situada más allá de este último fueron desembarcadas en Grecia» (p. 8). La misma situación la encontramos en la operación *Indalo* (en cuyo plan operativo se preveía la posibilidad de desembarcar en Marruecos) y en la operación *Hera* (en cuyo plan operativo se preveía la posibilidad de desembarcar en Marruecos y Senegal). No obstante, es necesario destacar que en la operación *Hera*, como veremos con posterioridad, sí se produjeron desembarcos en Marruecos en el seno de operaciones de salvamento (no de interceptación).

internacionales u otras instituciones europeas dedicadas específicamente a la protección de los derechos fundamentales). En suma, el Agente de Derechos Fundamentales concluía que «estas evaluaciones parecen no cumplir los requerimientos básicos establecidos en el Reglamento [Vigilancia Marítima] para justificar que ningún desembarco no conlleve una potencial vulneración de los derechos fundamentales, especialmente del principio de no devolución»<sup>1266</sup>. Por ello, teniendo en cuenta la plena vigencia de las garantías previstas en el artículo 4.3 Reglamento Vigilancia Marítima en estos casos, los Estados miembros anfitriones acababan asumiendo la responsabilidad del desembarco de las personas interceptadas en su territorio, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 10.1.b). 2º Reglamento Vigilancia Marítima<sup>1267</sup>.

Parece que, pese las limitaciones y carencias denunciadas a lo largo de este trabajo, y al contrario de lo que sucede con otras medidas de interceptación, el artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima despliega toda su eficacia cuando se trata de desembarcar a las personas interceptadas en el territorio de terceros Estados<sup>1268</sup>. Ello hasta el punto de que su preceptiva observancia se ha convertido en un elemento disuasorio para desembarcar a los migrantes en un tercer Estado. Este hecho, si tenemos en cuenta las conclusiones alcanzadas en el Capítulo V, convierte a la medida de interceptación consistente en el desembarco en terceros países en una actuación de vigilancia fronteriza mucho más garantista cuando es coordinada por la Agencia GEFC que cuando la lleva a cabo un Estado miembro de forma autónoma. Sin embargo, esta aparente ventaja, según la Agencia GEFC, perjudica y discrimina las operaciones conjuntas que coordina, dado que los Estados miembros actuando unilateralmente no se rigen por el Reglamento Vigilancia Marítima. En cierto sentido, según la propia Agencia, estos pueden «de un modo menos complicado, proceder a los desembarcos en terceros países»<sup>1269</sup>.

Realmente, los Estados miembros de la Unión Europea están igualmente vinculados que la Agencia GEFC al Derecho de la Unión y, en concreto, al principio de

---

<sup>1266</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2017)*, p. 16.

<sup>1267</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2014)*, Varsovia, 2015, p. 14.

<sup>1268</sup> No ocurre lo mismo en relación con la entrega a autoridades de terceros Estados, cuyo análisis se llevará a cabo en relación con las operaciones de salvamento.

<sup>1269</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2017)*, p. 14.

no devolución. No obstante, como afirma GOODWIN-GILL, «el problema no está en el reconocimiento de la protección del principio, sino en la ejecución de las normas, en convertir la protección legal en realidad en el momento de la ejecución»<sup>1270</sup>. Por ello, las afirmaciones vertidas por la Agencia confirman que la positivación de la obligación de respeto al principio de no devolución y, sobre todo, la previsión de los mecanismos necesarios para ello en el Reglamento Vigilancia Marítima incentiva su observancia por parte de los Estados miembros, «complicando su incumplimiento».

#### 4.5 La falta de regulación de las medidas de interceptación en el mar territorial de terceros Estados.

A pesar de que el Considerando 5 del Reglamento Vigilancia Marítima prevé que la Agencia GEFC pueda cooperar directamente con terceros países, así como facilitar la cooperación operativa entre estos últimos y los Estados miembros, el citado Reglamento no ha regulado las medidas de interceptación que pueden llevarse a cabo en el mar territorial de terceros países ni, como consecuencia, el régimen de garantías que le sería aplicable. Teniendo en cuenta las consecuencias de la vigilancia fronteriza en materia de derechos humanos y protección internacional, la omisión del legislador de la Unión Europea en materia de interceptación en el mar territorial de terceros Estados merece una atención especial.

Para una adecuada comprensión de las relaciones entre la Agencia GEFC y terceros Estados de origen o tránsito de flujos migratorios debe diferenciarse entre la cooperación directa Agencia-terceros Estados y el papel de la Agencia a la hora de facilitar la cooperación Estados miembros-terceros Estados. Esta diferencia ha sido destacada por el legislador de la Unión desde la creación de Frontex. De esta forma, el artículo 14 del Reglamento FRONTEX 2004 disponía en su primer párrafo que «(...) la Agencia deberá facilitar la cooperación operativa entre los Estados miembros y los terceros países en el marco de la política de relaciones exteriores de la Unión Europea»<sup>1271</sup>. Por su parte, el segundo párrafo del mismo precepto establecía que «La

---

<sup>1270</sup> Guy S. GOODWIN-GILL, «The right to seek asylum: Interdiction at sea and the principle of non refoulement», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, nº. 3, 2011, p. 443.

<sup>1271</sup> Las enmiendas de 2011, caracterizadas por el refuerzo que supusieron en materia de derechos humanos en el mandato de la Agencia, introdujeron un nuevo párrafo en el artículo 14 Reglamento FRONTEX 2004 en virtud del cual «La Agencia y los Estados miembros respetarán, asimismo, las normas y requisitos al menos equivalentes a los establecidos por la legislación de la Unión cuando la cooperación con terceros países tenga lugar en el territorio de los mismos». La utilización de la regla de la protección equivalente en el párrafo reproducido llama la atención si tenemos en cuenta que tanto la Agencia como los Estados miembros se encuentran aplicando Derecho de la Unión cuando cooperan con terceros Estados en materia

Agencia podrá cooperar con las autoridades competentes de terceros países en los ámbitos regulados por el presente Reglamento, en el marco de acuerdos de trabajo celebrados con dichas autoridades (...)». Como se comprobará a continuación, las distintas modalidades de cooperación dan lugar a la utilización de instrumentos de diferente naturaleza. El mandato de Frontex en materia de cooperación con terceros Estados ha sido reforzado de manera progresiva desde su creación en 2004, lo cual ha motivado un considerable desarrollo de las disposiciones del Reglamento aplicables en este ámbito. Además, el hecho de que la operación *Hera* (lanzada en 2006) implicara el patrullaje de aguas territoriales de Mauritania y Senegal con el objetivo de «combatir la inmigración ilegal» demuestra que, materialmente, el despliegue de los equipos de la Agencia en terceros Estados es una práctica consolidada incluso antes de su positivación<sup>1272</sup>. A pesar de ello, como comprobaremos a continuación, los instrumentos que habilitaban dicha actuación eran distintos a los existentes actualmente.

#### 4.5.1 La facilitación de la cooperación entre Estados miembros y terceros Estados en materia de vigilancia marítima. La participación de Frontex en acuerdos bilaterales

##### *a) Los Acuerdos Bilaterales entre Estados miembros y terceros Estados*

El medio escogido por el legislador de la Unión Europea para que la Agencia facilitase la cooperación operativa entre Estados miembros y terceros Estados fue su inclusión en los acuerdos bilaterales celebrados entre aquellos y estos. Dado que el contenido y la naturaleza de los acuerdos bilaterales entre Estados miembros y terceros Estados en materia de control fronterizo fueron objeto de análisis en el Capítulo V, en este epígrafe y el siguiente prescindiremos del estudio de los mencionados aspectos y nos centraremos en la incidencia de la actuación de la Agencia sobre esta modalidad de cooperación. Modalidad suprimida por el Reglamento GEFC 2019, por lo que parece que el legislador de la Unión ha cambiado su política de ceder a las autoridades de los Estados

---

de control fronterizo. Por ello no se alcanza a comprender por qué el legislador de la Unión Europea no se limitó a establecer un mandato de respeto del Derecho de la Unión. Este error fue subsanado posteriormente en el Reglamento GEFC del año 2016, en el cual se dispuso que «la Agencia y los Estados miembros respetarán el Derecho de la Unión, en particular las normas y los requisitos que forman parte del acervo de la Unión, también cuando la cooperación con terceros países tenga lugar en el territorio de los mismos» (artículo 54.1 Reglamento GEFC 2016).

<sup>1272</sup> Frontex, «News Release: *Hera* 2008 and *Nautilus* 2008 Statistics», 17 de febrero de 2009 [Disponible en: <https://www.swr.de/-/id=5459224/property=download/nid=233454/118iup7/index.pdf> (Consultado por última vez el 9 de abril de 2020)].

miembros la regulación de la cooperación operativa coordinada por la Agencia en el territorio de terceros Estados y las garantías aplicables a la misma<sup>1273</sup>.

Mediante la inclusión de la Agencia en los acuerdos bilaterales, esta ponía sus medios y recursos a disposición de los Estados miembros y los terceros Estados para combatir la inmigración irregular. Esta posibilidad fue prevista por primera vez en las modificaciones introducidas en el acto de constitución de Frontex en el año 2011. En virtud del artículo 14.7 Reglamento FRONTEX 2011 «Al celebrar acuerdos bilaterales con terceros países (...), los Estados miembros podrán incluir disposiciones referentes al papel y a las competencias de la Agencia, en especial en lo relativo al ejercicio de las competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos desplegados por la Agencia durante las operaciones conjuntas o los proyectos piloto (...)». No obstante, más que regular una nueva posibilidad, el Reglamento positivizó lo que se venía realizando desde el año 2006 en la operación conjunta *Hera*.

Como se podrá comprobar a continuación, el hecho de que el Reglamento Vigilancia Marítima no se aplique a las operaciones conjuntas llevadas a cabo en el mar territorial de terceros países equipara el régimen jurídico de vigilancia de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia GEFC a las llevadas a cabo autónomamente por los Estados miembros en dicho espacio marítimo. Concretamente, en estos casos, no es que el legislador de la Unión ceda la competencia regulatoria al legislador nacional, sino que es el legislador del tercer Estado el que configura el régimen jurídico de vigilancia fronteriza aplicable.

#### *b) El caso concreto de la operación conjunta Hera*

Aunque, como se adelantó en el Capítulo V, no se ha tenido acceso al contenido de los memorandos firmados entre España y Mauritania o entre España y Senegal en materia de vigilancia fronteriza (Estados participantes en la operación conjunta *Hera*), el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde de 21 de febrero de 2008 (Acuerdo España-Cabo Verde) permite obtener, por su presumida similitud con los primeros, importantes conclusiones.

---

<sup>1273</sup> Además, los Estados miembros ya no tienen una autonomía absoluta para celebrar acuerdos bilaterales con terceros Estados por lo que respecta a la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016, debiendo informar a la Comisión sobre su celebración de conformidad con el artículo 76.3 Reglamento GEFC 2019.

En relación con la participación de la Agencia en la cooperación operativa entre España y Cabo Verde, el artículo 6.2 Acuerdo España-Cabo Verde dispone que «Las áreas de vigilancia se acordarán entre el Centro de Operaciones en Cabo Verde y el Centro de Coordinación Regional de Canarias para su posible integración en otras operaciones coordinadas por Frontex». De esta forma, el acuerdo bilateral abría la puerta al despliegue de operaciones conjuntas coordinadas por Frontex en aguas jurisdiccionales de Cabo Verde. La misma posibilidad debía preverse en los memorandos firmados con Mauritania y Senegal, según se deduce de la lectura del plan operativo de la operación conjunta *Hera*, el cual hacía referencia a tales memorandos. En virtud del mencionado plan, «el acuerdo de Senegal con el presente plan operativo permite a los Estados miembros participantes desplegar equipamiento técnico y recursos humanos en las mismas condiciones que las reconocidas para las autoridades españolas *de conformidad con el acuerdo bilateral*»<sup>1274</sup>. Es decir, la conformidad del tercer Estado con el plan operativo se convertía en una autorización que habilitaba a los Estados miembros participantes a operar en su jurisdicción.

En cuanto a las competencias y funciones concretas de los miembros de los equipos de Frontex en el mar territorial de Mauritania y Senegal, según la Agencia, las competencias ejecutivas en materia de vigilancia fronteriza eran ejercidas por oficiales senegaleses y mauritanos. Concretamente, una nota de prensa emitida a raíz de las operaciones *Hera* y *Nautilus* disponía que «Un agente senegalés o mauritano está siempre presente a bordo de las unidades desplegadas por los Estados miembros y es siempre responsable de la desviación»<sup>1275</sup>. De la misma forma, el artículo 6.5 Acuerdo España-Cabo Verde dispone que «Con excepción de las situaciones previstas en el Derecho Internacional, las intervenciones de fiscalización, visita o apresamiento, especialmente estas últimas, solamente podrán ser efectuadas por las autoridades caboverdianas o bajo su dirección».

El hecho de que solo los agentes del tercer país fueran competentes para llevar a cabo medidas de detección o interceptación en su mar territorial implica que el Derecho aplicable en las operaciones conjuntas desplegadas en el territorio (o mar territorial) de terceros Estados era el Derecho nacional de estos últimos. En este sentido, el artículo 2

---

<sup>1274</sup> «Plan operativo de la operación conjunta *Hera* 2014» [2014/SBS/03], p. 5 [Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2017/feb/eu-frontex-operationa-hera-op-plan-2014.pdf> (Consultado por última vez el 9 de abril de 2020)].

<sup>1275</sup> Frontex, «News Release: *Hera* 2008 and *Nautilus* 2008 Statistics», cit., p. 2.



Acuerdo España-Cabo Verde establece que «La Parte española se compromete a respetar las leyes y reglamentos de la República de Cabo Verde durante las acciones a que se refiere el presente Acuerdo». Ello explica, hasta cierto punto, la falta de regulación de las interceptaciones llevadas a cabo en el mar territorial de terceros Estados en el Reglamento Vigilancia Marítima.

Lo que no se alcanza a comprender es que este último se limite a señalar que «cuando la cooperación con terceros países tenga lugar en el territorio o en el mar territorial de dichos países, los Estados miembros y la Agencia han de respetar normas y requisitos al menos equivalentes a los establecidos por el Derecho de la Unión» (Considerando 5 Reglamento Vigilancia Marítima). En estos casos tanto la Agencia como los Estados miembros firmantes de los acuerdos bilaterales con terceros Estados se encuentran ejecutando el Derecho de la Unión, concretamente el artículo 13 CFS 2016. Por lo tanto, no solo deben «respetarse normas y requisitos al menos equivalentes a los establecidos por el Derecho de la Unión», sino que son plenamente aplicables la prohibición de devolución reconocida en el propio CFS 2016 (artículo 3) y en la CDFUE (artículo 19.2), así como la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 19.1 CDFUE) y el derecho a un recurso efectivo (artículo 47 CDFUE). Cosa distinta es que el Considerando 5 Reglamento Vigilancia Marítima pretenda un intento de homologación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional del tercer país para que los agentes de fronteras de este último también respeten las garantías aplicables a la vigilancia fronteriza en la Unión Europea. Pero esto último, obviamente, va mucho más allá de la competencia de la Unión.

4.5.2 La cooperación directa entre la Agencia GEFC y terceros Estados en materia de vigilancia marítima. Acuerdos de Trabajo y Acuerdos sobre el Estatuto

*a) Los «Acuerdos de Trabajo» entre la Agencia y terceros Estados*

La modificación del Reglamento FRONTEX 2004 en el año 2011 acentuó la diferencia entre las dos modalidades de cooperación de la Agencia con terceros países mediante la separación de las mismas en dos apartados dentro de su artículo 14. De esta forma, la facilitación de la cooperación Estados miembros-terceros Estados se reservó al apartado primero de dicho precepto, mientras que la cooperación directa Agencia-terceros Estados se reguló en el apartado segundo.

Centrándonos ahora en la cooperación directa, la pieza normativa clave durante muchos años fueron los llamados «Acuerdos de Trabajo» entre la Agencia y los terceros Estados. Las enmiendas de 2011 permitieron concretar el contenido de estos «Acuerdos de Trabajo» aprobados por el consejo de administración de la Agencia, al establecer que los mismos «tratarán exclusivamente de la gestión de la cooperación operativa». Posteriormente, a través del Reglamento GEFC 2016, se abordaron varios aspectos de tramitación interna. Concretamente, se estableció la necesidad de aprobación del proyecto de acuerdo por parte de la Comisión y la remisión de los textos definitivos al Parlamento Europeo antes de su firma (artículo 76.4 Reglamento GEFC 2019)<sup>1276</sup>. Finalmente, el Reglamento GEFC aprobado en 2019 enfatiza «la prohibición de la detención arbitraria y de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes» entre los principios rectores de la cooperación con terceros Estados (artículo 73.2 Reglamento GEFC 2019) y trata de armonizar el contenido de los acuerdos mediante el establecimiento de un mandato a la Comisión para la elaboración de un modelo de «Acuerdo de Trabajo»<sup>1277</sup>.

#### a.1) La naturaleza jurídica de los «Acuerdos de Trabajo»

La naturaleza jurídica de los acuerdos firmados por las Agencias de la Unión Europea es un tema controvertido debido a la diversidad de instrumentos en que pueden materializarse sus relaciones exteriores.

En principio, los acuerdos internacionales únicamente pueden ser adoptados por sujetos de Derecho Internacional. Por lo tanto, si se afirmara que estos «Acuerdos de

---

<sup>1276</sup> El procedimiento interno de negociación y conclusión de «Acuerdos de Trabajo» viene desarrollado en la Decisión del consejo de administración de Frontex 11/2006 de 1 de septiembre. Según esta última, en primer lugar, el director ejecutivo debe presentar un borrador de mandato con las directrices de negociación al consejo de administración tras consultar a la Comisión. Cuando el consejo de administración lo apruebe, corresponden al director ejecutivo las negociaciones con las autoridades del tercer país, tras las cuales se someterá el texto a la Comisión para su «previa aprobación» y se informará al Parlamento Europeo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.4 Reglamento GEFC 2019 (la inclusión del Parlamento Europeo en el procedimiento de aprobación ha sido una novedad introducida por el Reglamento GEFC 2019, ya que ni la Decisión del consejo de administración citada ni las regulaciones anteriores de la Agencia lo preveían). Por último, también corresponderá al director ejecutivo su firma. En cuanto al Consejo, parece que su participación es suplida por la intervención del consejo de administración de la Agencia, en el que también están representados los Estados (artículo 101 Reglamento GEFC 2019). En cuanto a la mayoría necesaria para la aprobación del Acuerdo de Trabajo en este último órgano, la Decisión del consejo de administración de la Agencia exige la mayoría absoluta de los miembros con derecho a voto (artículo 105.1 Reglamento GEFC 2019). Distinta, por tanto, a la regla general de doble mayoría (55% Estados – 65% Población) que rige para la adopción de decisiones en el Consejo.

<sup>1277</sup> En virtud del artículo 76.2 del Reglamento GEFC, el modelo incluirá disposiciones relativas a los derechos fundamentales y las salvaguardas de protección de datos y abordará medidas prácticas. Cabe destacar que únicamente los acuerdos de trabajo con terceros Estados posteriores a 2012 incluyen cláusulas de respeto a los derechos humanos y a las necesidades de protección internacional. El modelo de acuerdos de trabajo aún no ha sido aprobado por la Comisión.

Trabajo» son tratados internacionales, ello implicaría reconocer, bien que la Agencia es un sujeto de Derecho Internacional, bien que tiene poderes atribuidos por la Unión Europea que permiten vincular a la organización. En cuanto a la primera posibilidad, FINK interpreta que el hecho de que la Agencia GEFC tenga personalidad jurídica (artículo 93.1 Reglamento GEFC 2019) no implica necesariamente su reconocimiento como sujeto de Derecho Internacional. Según esta autora, la atribución a la Agencia GEFC de una personalidad jurídica independiente de la Unión Europea tiene por finalidad investirla de capacidad de obrar en el ámbito de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>1278</sup>. A favor de esta interpretación se puede citar el apartado segundo del artículo 93 Reglamento GEFC 2019, el cual establece que «La Agencia gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que la legislación nacional reconozca a las personas jurídicas. En particular, podrá adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y personarse en procedimientos judiciales». En cuanto a la posibilidad de que la Agencia tenga poderes atribuidos por la Unión para actuar en su nombre con vistas a la celebración de «Acuerdos de Trabajo», como justificación para considerar estos últimos como auténticos acuerdos internacionales, aún sería necesario que estos acuerdos se adoptaran de conformidad con el procedimiento del artículo 218 TFUE (procedimiento previsto para la celebración de acuerdos internacionales). Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso de los instrumentos para formalizar las relaciones exteriores de la Agencia Europea del Medio Ambiente o de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE<sup>1279</sup>. No obstante, no ha sido así en el caso de la Agencia GEFC.

Teniendo en cuenta todo ello, coincidimos con FINK en que los «Acuerdos de Trabajo» parecen ser un instrumento de rango inferior al de los acuerdos internacionales<sup>1280</sup>. Además, es necesario tener en cuenta lo que disponen los «Acuerdos de Trabajo» en relación con su propia naturaleza. Al respecto, todos contienen una disposición según la cual «el presente acuerdo de trabajo no será considerado un acuerdo internacional. La implementación práctica de su contenido no supone el cumplimiento de

---

<sup>1278</sup> Melanie FINK, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding “Technical Relationships” », *Merkourios-Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 28, Issue 75, 2012, p. 25.

<sup>1279</sup> Así se encuentra recogido, respectivamente, en el artículo 19 del Reglamento (CE) n.º 401/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativo a la Agencia Europea del Medio Ambiente y a la Red Europea de Información y de Observación sobre el Medio Ambiente y en el artículo 9 del Reglamento (CE) n.º 168/2007, del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>1280</sup> Melanie FINK, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding “Technical Relationships” », cit., p. 25.

obligaciones internacionales por parte de la Unión Europea, sus instituciones y [el tercer país en cuestión]]»<sup>1281</sup>. Esta autoexclusión de la categoría de los acuerdos internacionales, unido al hecho de que su contenido se referirá exclusivamente a la gestión de la cooperación operativa (artículo 73.4 Reglamento GEFC 2019), nos permite concluir que los «Acuerdos de Trabajo» son meros acuerdos administrativos internacionales de carácter técnico, realizados entre la Agencia y las autoridades administrativas de terceros Estados, que recogen ciertos compromisos de carácter operativo, pero sin crear derechos u obligaciones recíprocos, tal y como se deduce del análisis de su contenido<sup>1282</sup>. Todas estas características nos permiten asimilarlos a los denominados «acuerdos internacionales administrativos» previstos en el artículo 2. b) Ley 24/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales analizados en el Capítulo V. Su diferencia principal es que mientras estos últimos se aprueban sobre la base de un Acuerdo Internacional previo, los Acuerdos de Trabajo de la Agencia no parecen precisar dicha habilitación.

#### a.2) Contenido de los «Acuerdos de Trabajo»

El contenido de todos los «Acuerdos de Trabajo» de la Agencia GEFC con terceros Estados firmados hasta la fecha es bastante similar. En primer lugar, encontramos una declaración de intenciones en la que la Agencia y las autoridades administrativas del tercer Estado (por ejemplo, Ministerio del Interior o Policía Nacional) se comprometen a mantener un diálogo constante en materia de cooperación operativa, designar puntos de contacto y crear grupos de trabajo o expertos. En segundo lugar, el núcleo duro del acuerdo viene constituido por una lista de actividades en las que se materializa la citada cooperación: invitaciones a expertos de los terceros Estados para participar como observadores en procedimientos de análisis de riesgos desarrollados por la Agencia; intercambio de información; formación de personal; cooperación técnica en el ámbito de investigación y desarrollo; invitaciones a las autoridades administrativas de los terceros Estados para participar, como observadores, en las operaciones conjuntas de la Agencia GEFC; fomento de la cooperación y participación de las autoridades del tercer país en las

---

<sup>1281</sup> Así lo recoge, entre otros, el «*Working Arrangement establishing operational cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Policía Nacional de Cabo Verde*», de 14 de enero de 2011 [Disponible en: <https://frontex.europa.eu/about-frontex/key-documents/?category=working-arrangements-with-non-eu-countries> (Consultado por última vez el 9 de abril de 2020)].

<sup>1282</sup> Violeta MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, cit., p. 174.

operaciones de la Agencia GEFC en las fronteras entre la Unión Europea y dicho Estado; colaboración a nivel técnico en el ámbito de procedimientos fronterizos (buenas prácticas, mejora del equipamiento) e interoperabilidad operativa entre autoridades encargadas de control fronterizo (imprescindible para facilitar el intercambio de operación)<sup>1283</sup>. Finalmente, los últimos preceptos contienen disposiciones relativas a aspectos financieros y a la mencionada naturaleza jurídica del propio acuerdo.

Como puede observarse, al contrario de lo que sucedía en los acuerdos bilaterales entre un Estado miembro y un tercer Estado, los acuerdos de trabajo no contemplan el despliegue de los equipos de la Agencia GEFC en el territorio o mar territorial de terceros Estados para desempeñar actividades de control fronterizo. Simplemente se limitan a establecer una serie de compromisos relacionados con la gestión operativa de las fronteras que no implican ningún tipo de ejercicio de jurisdicción en el territorio de un tercer Estado.

*b) Los «Acuerdos sobre el estatuto» entre la Agencia y terceros Estados*

Hasta el año 2016, el despliegue de operaciones conjuntas en el territorio de un tercer país únicamente era posible a través de la vía de la facilitación de la cooperación entre Estados miembros y terceros Estados. Concretamente, como hemos visto, a través de la inclusión de disposiciones relativas a la participación de Frontex en los acuerdos bilaterales firmados entre un Estado miembro y un tercer país en materia de control fronterizo. Con la aprobación del Reglamento GEFC en 2016 se abrió la posibilidad del despliegue de operaciones conjuntas en el territorio de un tercer país por la vía de la cooperación directa Agencia-tercer Estado. En este sentido, el artículo 54.3 del Reglamento GEFC 2016 establecía que «La Agencia tendrá la posibilidad de llevar a cabo acciones en las fronteras exteriores con la participación de uno o más Estados miembros y un tercer país vecino de al menos uno de dichos Estados miembros, para lo que se requerirá el acuerdo del tercer país vecino, también en el territorio de dicho tercer país». En estos casos, la participación de la Agencia no viene habilitada por un acuerdo bilateral independiente entre Estados, sino que es la propia Agencia GEFC la que configura el

---

<sup>1283</sup> Este es el contenido, entre otros, del «*Working Arrangement establishing operational cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Policía Nacional de Cabo Verde*», de 14 de enero de 2011, o del «*Working Arrangement establishing operational cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External borders of the member States of the European Union (Frontex) and the Ministry of Interior of the Republic of Albania*», de 19 de febrero de 2009.

contenido de la cooperación operativa con un tercer Estado, *ex novo*. El instrumento previsto para ello es el «Acuerdo sobre el estatuto», elaborado, al igual que los «Acuerdos de Trabajo», de conformidad con un modelo aprobado por la Comisión (artículo 54.5 Reglamento GEFC 2016)<sup>1284</sup>.

La utilización de los «Acuerdos sobre el estatuto» para configurar la cooperación Agencia-terceros Estados está prevista para aquellos casos «que exijan el despliegue de equipos de gestión de fronteras del cuerpo permanente en un tercer país en el que los miembros de los equipos ejercerán competencias ejecutivas» (artículo 73.3 Reglamento GEFC 2019). En tales casos, la Unión Europea elabora un acuerdo sobre su estatuto con el tercer país en cuestión. El mismo cubre todos los aspectos necesarios para llevar a cabo las acciones y establece, en particular, el alcance de la operación, las funciones y competencias de los miembros de los equipos, así como su responsabilidad civil y penal como consecuencia de sus actuaciones en el tercer Estado. De conformidad con el artículo 73.3 Reglamento GEFC 2019, los «Acuerdos sobre el estatuto» celebrados por la Unión Europea con el tercer Estado garantizarán el pleno respeto de los derechos fundamentales durante estas operaciones.

#### b.1) La naturaleza de los «Acuerdos sobre el estatuto»

Al contrario de lo que sucede con los «Acuerdos de Trabajo», la naturaleza jurídica de los «Acuerdos sobre el estatuto» goza de mayor claridad. El Reglamento GEFC aprobado en 2019 contribuyó a esclarecer este aspecto estableciendo que son elaborados, además de sobre la base del modelo aprobado por la Comisión, «sobre la base del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)» (artículo 73.3 Reglamento GEFC 2019), lo que permite afirmar sin ningún género de dudas su naturaleza de tratados internacionales. Precisamente, el hecho de que el legislador de la Unión Europea haya querido aclarar explícitamente la naturaleza jurídica de los «Acuerdos sobre el estatuto» nos permite confirmar, tal y como se argumentó en el epígrafe anterior, que los «Acuerdos de Trabajo» no son acuerdos internacionales. Las diferencias son manifiestas. En primer lugar, los «Acuerdos de Trabajo» son celebrados por la propia Agencia y las autoridades administrativas de los terceros Estados encargadas de la vigilancia fronteriza (Ministerio del Interior, Policía Nacional, etc.), mientras que

---

<sup>1284</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 22 de noviembre de 2016, «Modelo de Acuerdo sobre el estatuto conforme a lo dispuesto en el artículo 54, apartado 5, del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas» [COM (2016) 0747 final].

los «Acuerdos sobre estatuto» son celebrados por verdaderos sujetos de Derecho Internacional: la propia Unión Europea y el tercer Estado<sup>1285</sup>. En segundo lugar, mientras los «Acuerdos de Trabajo» no crean obligaciones para las partes, los «Acuerdos sobre el estatuto» reconocen explícitamente el surgimiento de obligaciones para los firmantes<sup>1286</sup>. Por último, mientras los «Acuerdos de Trabajo» se autoexcluyen de la categoría de acuerdos internacionales, los sujetos firmantes de los «Acuerdos sobre el estatuto» reconocen su naturaleza de acuerdo internacional<sup>1287</sup>.

#### b.2) El contenido de los «Acuerdos sobre el estatuto»

Hasta el momento, únicamente se ha aprobado de forma definitiva el «Acuerdo sobre el estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania»<sup>1288</sup>, el cual, de hecho, ya ha permitido la puesta en marcha de una operación conjunta en territorio albanó<sup>1289</sup>.

El acuerdo fue aprobado mediante la Decisión (UE) 2019/267, del Consejo, de 12 de febrero de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania (en

---

<sup>1285</sup> Precisamente por eso, en los «Acuerdos sobre el estatuto» la Agencia y la autoridad administrativa del tercer Estado en cuestión únicamente asumen el rol de «autoridades competentes para la aplicación del acuerdo». En este sentido, por ejemplo, el artículo 10 del «Acuerdo sobre el estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania» (en adelante, Acuerdo UE-Albania), establece que «1. La autoridad competente para la aplicación del presente Acuerdo en la República de Albania será el Ministerio del Interior. 2. La autoridad competente de la Unión Europea para la aplicación del presente Acuerdo será la Agencia».

<sup>1286</sup> En este sentido, el artículo 5.4 Acuerdo UE-Albania señala, por ejemplo, que «La terminación de la acción no afectará a los derechos y obligaciones emanados de la aplicación del presente Acuerdo (...)».

<sup>1287</sup> Sirva como ejemplo la publicación del Acuerdo UE-Albania en el apartado «Acuerdos internacionales» del Diario Oficial de la Unión Europea [DO L 46 de 18 de febrero de 2019].

<sup>1288</sup> No obstante, el Consejo ha autorizado la celebración de otros «Acuerdos sobre el estatuto» con terceros Estados de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 218 TFUE. De más reciente a más antiguo, pueden señalarse las siguientes: Decisión (UE) 2019/634, del Consejo, de 9 de abril de 2019, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo sobre el estatuto entre la Unión Europea y Bosnia y Herzegovina en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en Bosnia y Herzegovina y Decisión (UE) 2019/453, del Consejo, de 19 de marzo de 2019 relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo sobre el estatuto entre la Unión Europea y Montenegro en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en Montenegro.

<sup>1289</sup> Comisión Europea, «Guardia Europea de Fronteras y Costas: Puesta en marcha de la primera operación conjunta fuera de la UE», Comunicado de prensa de 21 de mayo de 2019 [Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_19\\_2591](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2591) (Consultado por última vez el 9 de abril de 2020)]. Según el comunicado, «al principio de la operación, la Agencia desplegará 50 agentes, 16 coches patrulla y una furgoneta de termovisión procedentes de 12 Estados miembros de la Unión Europea (Alemania, Austria, República Checa, Croacia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Polonia y Rumanía)».

adelante, Acuerdo UE-Albania)<sup>1290</sup>. El mencionado texto establece como base competencial para su aprobación los artículos 77.2, apartados b) y d); 79.2, apartado c); y el artículo 218 a), inciso v) del TFUE. Salvo por la alusión al artículo 218 TFUE, es la misma base competencial que la del Reglamento GEFC 2019. Es decir, se configura como una medida enmarcada en el ámbito de la inmigración, relacionada con los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores y con el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (medidas que deben adoptarse mediante procedimiento legislativo ordinario).

En consonancia con el artículo 73.3 Reglamento GEFC 2019, el Acuerdo UE-Albania se aplica «a todos los aspectos necesarios para que la Agencia lleve a cabo acciones que puedan tener lugar en el territorio de la República de Albania y en las que los miembros del equipo de la Agencia tengan competencias ejecutivas» (artículo 1 Acuerdo UE-Albania). Por «competencias ejecutivas» se entienden aquellas que sean necesarias para realizar las tareas requeridas para el control de las fronteras y las operaciones de retorno durante una acción conjunta (artículo 2, apartado 12 Acuerdo UE-Albania).

En relación con las funciones y competencias de los miembros de los equipos, muchas de las previsiones son idénticas a las recogidas en el artículo 82 Reglamento GEFC 2019. Es decir, se considera a Albania como si fuera el Estado anfitrión de una determinada operación conjunta, como si se tratara de un Estado miembro. Como consecuencia, los miembros de los equipos solo ejercerán sus funciones y competencias en Albania bajo las instrucciones y, como norma general, en presencia de los guardias de fronteras albaneses (artículo 4.3 Acuerdo UE-Albania)<sup>1291</sup>. En cuanto al uso de la fuerza (incluidas armas, munición y equipamiento por parte de los miembros de los equipos), se precisa la aprobación del Estado miembro de origen y de la República de Albania y se realizará en presencia de los guardias de fronteras de esta última y de conformidad con

---

<sup>1290</sup> Esta Decisión, fundamentalmente, dispone la publicación del Acuerdo. Previamente, el Consejo había autorizado su celebración mediante Decisión (UE) 2018/1031, del Consejo, de 13 de julio de 2018, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo sobre el Estatuto entre la Unión Europea y la República de Albania en lo que respecta a las acciones llevadas a cabo por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en la República de Albania.

<sup>1291</sup> Obsérvese el evidente paralelismo con lo que prevé el artículo 82.4 Reglamento GEFC 2019 para las operaciones conjuntas que se desarrollen en un Estado miembro y al que ya hemos hecho referencia: «(...) los miembros de los equipos solo podrán desempeñar funciones y ejercer competencias bajo las instrucciones de los guardias de fronteras o del personal del Estado miembro de acogida que participe en tareas relacionadas con el retorno y, como norma general, en su presencia. El Estado miembro de acogida podrá autorizar a los miembros de los equipos para que actúen en su nombre».



su Derecho nacional (artículo 4.6 Acuerdo UE-Albania)<sup>1292</sup>. En relación con la suspensión de la operación, se prevén los mismos motivos que cuando se trata de una operación conjunta desplegada en el territorio de un Estado miembro: pueden dar lugar a la suspensión de la operación tanto el incumplimiento del plan operativo como la vulneración de derechos fundamentales o del principio de no devolución (artículo 5 del Acuerdo UE-Albania). Adicionalmente, continuando con el refuerzo progresivo en materia de respeto a los derechos humanos, se impone a las partes la habilitación de un mecanismo de denuncia «en caso de alegación de vulneración de los derechos fundamentales cometida por sus agentes en el ejercicio de sus funciones oficiales durante una operación conjunta, una intervención rápida en las fronteras o una operación de retorno realizada en virtud del presente Acuerdo» (artículo 8.2 Acuerdo UE-Albania)<sup>1293</sup>.

De acuerdo con las disposiciones analizadas, parece que la Unión Europea ha decidido equiparar a Albania con un Estado miembro anfitrión de la Unión Europea, al menos en lo que respecta al ejercicio de funciones ejecutivas en materia de vigilancia fronteriza. Sin embargo, en este contexto, en el que se imponen los derechos nacionales de los terceros Estados donde se despliegan los equipos de la GEFC y, por tanto, el Derecho albanés, parece que el Reglamento Vigilancia Marítima no tiene cabida. De hecho, la observancia de este último implicaría la existencia de un doble régimen jurídico de normas sobre vigilancia: el albanés y el de la Unión Europea.

Con todo, la aplicación del Derecho nacional albanés tiene como límite el respeto al Derecho de la Unión. Así lo dispone el artículo 71.3 Reglamento GEFC 2019, en virtud del cual «La Agencia y los Estados miembros respetarán el Derecho de la Unión, en particular las normas y los requisitos que forman parte del acervo de la Unión, incluido cuando la cooperación con terceros países tenga lugar en el territorio de estos». Del anterior precepto se deduce que los miembros de los equipos aplicarán el Derecho

---

<sup>1292</sup> Esta previsión debe ponerse, nuevamente, en relación con lo que prevé el artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019: «(...) El Estado miembro de acogida autorizará a los miembros de los equipos (...) a desempeñar funciones durante el despliegue que requieran el uso de la fuerza, incluidos el porte y el uso de armas reglamentarias, munición y equipamiento, con el consentimiento del Estado miembro de origen o, en el caso del personal estatutario, el consentimiento de la Agencia. El uso de la fuerza, incluidos el porte y el uso de armas reglamentarias, munición y equipamiento, se ejercerá con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de acogida y en presencia de los guardias de fronteras de dicho Estado».

<sup>1293</sup> Esta previsión constituye una aplicación de lo dispuesto en el artículo 73.3 Reglamento GEFC, en virtud del cual «El acuerdo sobre el estatuto garantizará el pleno respeto de los derechos fundamentales durante estas operaciones y preverá un mecanismo de denuncias».

nacional albanés mientras no entre en conflicto con el Derecho de la Unión. En concreto, con el acervo de la Unión en materia de derechos fundamentales.

En efecto, el «Acuerdo sobre el estatuto» con Albania trata de garantizar el respeto a los derechos humanos introduciendo un precepto conforme al cual «en el ejercicio de sus funciones y competencias, los miembros del equipo deberán respetar plenamente los derechos y libertades fundamentales, también en lo que se refiere al acceso a procedimientos de asilo, a la dignidad humana y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, al derecho a la libertad, al principio de no devolución y la prohibición de las expulsiones colectivas, a los derechos del niño y al derecho al respeto de la vida privada y familiar» (artículo 8.1 Acuerdo UE-Albania) y previendo la inclusión, en el plan operativo, de las disposiciones aplicables en el ámbito de los derechos fundamentales (artículo 3.2 Acuerdo UE-Albania)<sup>1294</sup>. No obstante, llama la atención que el artículo 8 del Acuerdo únicamente incluya como sujetos obligados a los miembros del equipo y no a los guardias fronterizos albaneses. De hecho, dado que se refiere exclusivamente a los miembros del equipo, no se alcanza a comprender por qué no se ha hecho referencia al Derecho de la Unión como marco regulador (tal y como se establece en el artículo 71.3 Reglamento GEFC 2019)<sup>1295</sup>.

Finalmente, uno de los aspectos más controvertidos de este tipo de acuerdos es el régimen de inmunidades de los miembros de los equipos. Concretamente, estos gozarán de inmunidad ante la jurisdicción penal, civil y administrativa albanesas, siempre que se trate de actos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales durante las acciones llevadas a cabo de conformidad con el plan operativo (artículo 6, apartados 2 y 3 del Acuerdo UE-Albania)<sup>1296</sup>. No obstante, los daños causados en estas circunstancias serán responsabilidad de la República de Albania (artículo 6.6 Acuerdo UE-Albania, en consonancia con el artículo 84.1 Reglamento GEFC 2019 respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado miembro anfitrión).

---

<sup>1294</sup> Además, el artículo 8.2 del Acuerdo UE-Albania prevé que cada parte dispondrá de un mecanismo de denuncia en caso de vulneración de derechos fundamentales.

<sup>1295</sup> Hasta el momento, todos los países con los que se han iniciado las negociaciones para celebrar este tipo de acuerdos son parte del CEDH, a excepción de Kosovo.

<sup>1296</sup> Cabe recordar que cuando los miembros de un equipo son desplegados en un Estado miembro en el seno de una cooperación operativa, al contrario de lo que sucede cuando son desplegados en Albania, «recibirán el mismo trato que los funcionarios del estado miembro de acogida en lo relativo a las infracciones penales que (...) puedan cometer» (artículo 85 Reglamento GEFC 2019).

Aunque, al igual que en el caso de los acuerdos bilaterales entre un Estado miembro y un tercer Estado, el Reglamento Vigilancia Marítima no tenga cabida en los «Acuerdos sobre el estatuto», lo cierto es que la eliminación de la vía de la cooperación por medio de acuerdos bilaterales y su sustitución por «Acuerdos sobre el estatuto» mejora el panorama de las garantías aplicables a las operaciones desplegadas en territorios de terceros Estados. Teniendo en cuenta que, por lo analizado hasta el momento, el régimen jurídico de la vigilancia fronteriza está más desarrollado a nivel de la Unión que a nivel estatal, los «Acuerdos sobre el estatuto» parecen, pese a su novedad, un instrumento más adecuado para regular la cooperación entre la Agencia y terceros Estados. En primer lugar, implican una forma de cooperación directa, sin necesidad de Estados miembros intermediarios, lo cual fortalece el papel de la Unión Europea en las negociaciones y, con ello, la promoción del acervo de la Unión. En segundo lugar, al contrario de lo que sucede con los acuerdos bilaterales (memorandos de entendimiento, colaboración o protocolos técnico-operativos), adquieren la forma de acuerdos internacionales, lo cual implica su aprobación por sujetos de Derecho Internacional, la tramitación del procedimiento establecido en los Tratados y, muy especialmente, su publicación. Finalmente, en relación con su contenido, además de contener disposiciones relativas a la configuración del plan operativo, a las funciones y competencias de los medios de los equipos y a la posibilidad de suspensión de las operaciones por vulneración de derechos humanos, los «Acuerdos sobre el estatuto» contienen una cláusula de respeto a los derechos fundamentales más sensibles en materia de vigilancia y un mecanismo de denuncia<sup>1297</sup>. Aunque insuficiente en comparación con un procedimiento que impone la obligación de identificación y valoración de circunstancias personales de las personas afectadas por las medidas de vigilancia, como el previsto en el Reglamento Vigilancia Marítima, lo cierto es que los «Acuerdos sobre el estatuto» están rodeados de un halo de respeto a los derechos humanos del que carecen habitualmente los acuerdos bilaterales. En definitiva, todas estas características los dotan de unas garantías mucho mayores que

---

<sup>1297</sup> Dicha cláusula se contiene, por ejemplo, en el artículo 8 del Acuerdo UE-Albania, al que ya hemos hecho referencia en texto y de conformidad con el cual «En el ejercicio de sus funciones y competencias, los miembros del equipo deberán respetar plenamente los derechos y libertades fundamentales, también en lo que se refiere al acceso a procedimientos de asilo, a la dignidad humana y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, al derecho a la libertad, al principio de no devolución y la prohibición de las expulsiones colectivas, a los derechos del niño y al derecho al respeto de la vida privada y familiar. En el ejercicio de sus funciones y competencias, no discriminarán a las personas por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual o identidad de género. Toda medida que afecte a los derechos y libertades fundamentales adoptadas en el ejercicio de sus funciones y competencias será proporcional a los objetivos perseguidos por dicha medida y respetará el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales».

las que normalmente se contienen en los acuerdos bilaterales celebrados entre Estados miembros y terceros Estados y en los que se prevé la participación de Frontex.

A modo de conclusión, conviene destacar que la cooperación Agencia-terceros Estados ha ido mutando de tal forma en el tiempo que actualmente prescinde de la presencia de los Estados miembros para configurar las modalidades de cooperación. De hecho, hoy día únicamente existen vías de cooperación directa: los «Acuerdos de Trabajo» y los «Acuerdos sobre el estatuto». Los primeros tienen una finalidad más vinculada con la gestión de la cooperación operativa y los segundos con el ejercicio de competencias ejecutivas en materia de vigilancia. A nuestro entender, la referida mutación supone un paso más hacia la supranacionalización de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea<sup>1298</sup>.

## **5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SALVAMENTO MARÍTIMO EN LAS OPERACIONES DE VIGILANCIA FRONTERIZA COORDINADAS POR LA AGENCIA: ANÁLISIS COMPARATIVO CON RESPECTO AL RÉGIMEN JURÍDICO ESTABLECIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

Como sabemos, la aprobación del Reglamento Vigilancia Marítima implicó dotar de carácter vinculante a la segunda parte del Anexo de la Decisión Vigilancia Marítima, titulada «Directrices para las situaciones de búsqueda y salvamento y para el desembarco en el contexto de operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la agencia». Como se expuso en el Capítulo II, pese a la inexistencia de una atribución de competencias a la Unión Europea en materia de salvamento, el TJUE y, como consecuencia, el legislador de la Unión Europea ha entendido que esta se encuentra implícita en el objetivo de lograr una «vigilancia eficaz» de las fronteras exteriores [artículo 77.1.b) TFUE] e instaurar un sistema integrado de gestión de las mismas [artículo 77.1.c) TFUE]<sup>1299</sup>. Tanto es así, que las modificaciones llevadas a cabo en el Reglamento de constitución de Frontex en 2011 incluyeron como función de la Agencia «asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la

---

<sup>1298</sup> Como muestra, cabe destacar el papel secundario que adoptan los Estados miembros contiguos al tercer Estado en el que se despliega una determinada operación a la hora de elaborar el plan operativo. En este sentido, el artículo 3.1 del Acuerdo UE-Albania dispone que «Para cada operación conjunta o intervención rápida en las fronteras, la Agencia y la República de Albania acordarán un plan operativo que tenga el acuerdo del Estado o Estados miembros contiguos a la zona de operaciones». No obstante, no podemos olvidar que la puesta en marcha de una operación conjunta siempre debe contar con la solicitud del Estado miembro afectado o, en el caso de que venga propuesta por la Agencia, con el acuerdo del mismo.

<sup>1299</sup> STJUE (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012, *Parlamento c. Consejo*, as. C-355/10, ap. 82.

asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores, *teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo*» [artículo 2.d).bis Reglamento FRONTEX 2011]. Adicionalmente, se impuso la obligación de incluir en los planes operativos «referencias al Derecho Internacional y al Derecho de la Unión sobre (...) salvamento marítimo» (artículo 3.bis Reglamento FRONTEX 2011).

En ejecución del mandato impuesto por la STJUE *Parlamento c. Consejo* de 5 de septiembre de 2012, el legislador de la Unión insertó las antiguas Directrices sobre salvamento y desembarco de la Decisión Vigilancia Marítima, no vinculantes, en los artículos 9 y 10 del Reglamento Vigilancia Marítima, respectivamente<sup>1300</sup>. Pese a ello, es importante destacar dos aspectos. En primer lugar, que la Agencia no actúa de forma autónoma en este ámbito, ni sustituye a los servicios de salvamento de los Estados miembros, ni ejerce las funciones de un RCC nacional; antes al contrario, se limita a asistir y prestar apoyo a las autoridades nacionales<sup>1301</sup>. En segundo lugar, que tal asistencia está vinculada y condicionada siempre a la existencia previa de una operación de vigilancia fronteriza. Es decir, la asistencia en materia de salvamento es un aspecto incidental en el seno de las operaciones conjuntas o las intervenciones fronterizas rápidas coordinadas por la Agencia GEFC, aunque en ocasiones, en la práctica, pueda llegar a eclipsar por completo las funciones de vigilancia<sup>1302</sup>.

## 5.1 La determinación del RCC responsable de las situaciones de salvamento

Conforme al artículo 9.1 del Reglamento Vigilancia Marítima «Los Estados miembros cumplirán con su obligación de prestar ayuda a cualquier buque o persona en situación de peligro en el mar y durante una operación marítima, y velarán por que sus

---

<sup>1300</sup> Con posterioridad a la aprobación del Reglamento Vigilancia Marítima, la vinculación entre la Agencia y las operaciones de salvamento se ha reforzado considerablemente. Uno de los factores que más ha contribuido a ello ha sido la inclusión entre los elementos de la gestión europea integrada de las fronteras de las «operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar (...) que tengan lugar en situaciones que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas» (artículo 2 Reglamento GEFC 2019).

<sup>1301</sup> Carolina SOLER GARCÍA, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n.º 34, 2017, p. 171.

<sup>1302</sup> Por ejemplo, en la Operación conjunta *Hera* 2016 «no se produjo ninguna interceptación en el área operacional». Sin embargo, sí que se produjeron operaciones de rescate, tanto en la zona SAR española como marroquí [*Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex* (2016), Varsovia, 2017, p. 10]. De acuerdo con la propia Agencia, en el año 2019 un total de 54.800 personas fueron rescatadas en las áreas operacionales de Frontex [European Border and Coast Guard Agency, 2019 in brief, 20 de enero de 2020, Varsovia. Disponible en: [https://frontex.europa.eu/assets/Publications/General/frontex\\_inbrief\\_website\\_002.pdf](https://frontex.europa.eu/assets/Publications/General/frontex_inbrief_website_002.pdf) (Consultado por última vez el 9 de abril de 2020)].

unidades participantes cumplan con dicha obligación, con arreglo al Derecho Internacional y respetando los derechos fundamentales». El mismo precepto, en su apartado segundo, dispone el contenido obligatorio en materia de salvamento que debe incluirse en los planes operativos. Entre los aspectos más destacables se encuentra la obligación por parte de las unidades participantes de transmitir al RCC responsable de la zona SAR aquellas situaciones en las que tengan motivos para suponer que se enfrentan a una situación de peligro con relación a un buque que se encuentre en el área de responsabilidad del RCC.

Hasta el momento, la regulación de las operaciones de salvamento en las que participa la Agencia GEFC se encuentra en plena consonancia con el Derecho Internacional<sup>1303</sup>. Recordando lo analizado en el Capítulo VI, la regla 33 del Convenio SOLAS dispone que «El capitán de un buque que, estando en el mar, en condiciones de prestar ayuda, reciba información de la fuente que sea, que le indique que hay personas en peligro en el mar, está obligado a acudir a toda máquina a su auxilio, *informando de ello, si es posible, a dichas personas o al servicio de búsqueda y salvamento*». Es decir, de acuerdo con la regla 33 del Convenio SOLAS, el RCC responsable de una determinada zona SAR debe ser informado de aquellas situaciones producidas en su zona de responsabilidad que precisen asistencia.

Continuando con lo dispuesto en el artículo 9.2 Reglamento Vigilancia Marítima, una vez se ha establecido el contacto con el RCC responsable de la zona SAR donde se produce la situación de peligro, la unidad participante queda a su disposición. Es en relación con aquellas situaciones en las que el RCC responsable de la zona SAR no responde a la información transmitida cuando comienzan a apreciarse ciertas concreciones entre el Reglamento Vigilancia Marítima y el acervo internacional en materia de salvamento. Tales concreciones tienen por finalidad esclarecer el régimen de responsabilidad de los Estados involucrados en una operación de salvamento, de forma

---

<sup>1303</sup> La única particularidad es que en el caso de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia GEFC encontramos un tercer agente participante, el Centro de Coordinación Internacional (ICC, por sus siglas en inglés). El ICC es una estructura encargada de la coordinación de la operación que se encuentra situada en el Estado anfitrión. El mismo está compuesto por las autoridades competentes del país anfitrión, el Agente Coordinador de Frontex y representantes de las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza de los Estados miembros participantes. De acuerdo con el artículo 9.2.b) del Reglamento Vigilancia Marítima «las unidades participantes deberán informar cuanto antes al Centro de Coordinación Internacional sobre cualquier contacto entablado con el Centro de Coordinación de Salvamento y sobre la línea de acción que hayan adoptado».

que, en última instancia, se pueda garantizar con certeza que los migrantes rescatados serán desembarcados en un lugar seguro.

El medio escogido por el legislador de la Unión para garantizar el resultado expuesto es incrementar el protagonismo del Estado anfitrión de la operación y, con ello, su responsabilidad. Como veníamos adelantando, uno de los ejemplos que mejor ilustran esta intención es la solución prevista para aquellos casos en los que el RCC responsable no responda a la información transmitida por la unidad participante. En virtud del artículo 9.2.i) Reglamento Vigilancia Marítima, en tales situaciones la unidad participante «se pondrá en contacto con el RCC del Estado miembro de acogida a menos que dicha unidad considere que otro RCC reconocido internacionalmente está en mejores condiciones para asumir la coordinación de la situación de búsqueda y salvamento».

Precisamente este precepto ha convertido al RCC italiano en responsable de la coordinación de muchas operaciones de salvamento llevadas a cabo en la zona SAR libia<sup>1304</sup>. Una responsabilidad que, en caso de mera y simple aplicación del Derecho Internacional, no hubiera tenido que asumir obligatoriamente. Recordemos que las Directrices MSC de 2004 (Punto 6.7) no establecen el RCC con el que se debe contactar en caso de que el RCC responsable no responda. Simplemente disponen que el primer RCC con el que se haya establecido contacto tras el primer intento con el RCC competente «es responsable de la coordinación del caso hasta tanto el RCC responsable (...) asuma su responsabilidad». Ante el silencio de la normativa internacional, el Reglamento Vigilancia Marítima ha establecido instrucciones claras sobre cómo actuar en estos supuestos.

## 5.2 El desembarco de personas rescatadas en operaciones de salvamento

El art 10.1.c) del Reglamento Vigilancia Marítima, en conexión con el artículo 4 de la misma norma, contiene lo que algunos autores han catalogado como «una de las contribuciones específicas más relevantes exigibles a la UE»<sup>1305</sup>. Dicha contribución consiste en enmarcar y definir mejor que el Derecho Internacional la interacción entre el

---

<sup>1304</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2014)*, Varsovia, 2015, p. 6, en relación con la operación Tritón 2014.

<sup>1305</sup> Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad de las Fronteras Marítimas, ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», cit., p. 85.

régimen de salvamento y el principio de no devolución, especialmente en rescates y desembarques en terceros países<sup>1306</sup>.

De acuerdo con el mencionado precepto, «en el caso de las situaciones de búsqueda y salvamento contempladas en el artículo 9, y sin perjuicio de la responsabilidad del Centro de Coordinación de Salvamento, el Estado miembro de acogida y los Estados miembros participantes cooperarán con el Centro de Coordinación de Salvamento responsable para determinar un lugar seguro, y cuando el Centro de Coordinación de Salvamento responsable designe tal lugar seguro, velarán por que el desembarco de las personas rescatadas se efectúe de manera rápida y efectiva». Hasta aquí, ninguna diferencia sustancial con el Derecho Internacional aplicable a otro tipo de situaciones en las que no participe la Agencia GEFC. En este sentido, recordemos que el punto 3.1.9 del Capítulo relativo a la Cooperación entre Estados parte del Convenio SAR establece que «Las Partes se coordinarán y colaborarán entre sí para garantizar que los capitanes de buques que presten auxilio embarcando a personas en peligro en el mar sean liberados de sus obligaciones (...). La Parte responsable de la región de búsqueda y salvamento en la que se preste dicho auxilio asumirá la responsabilidad primordial de que tales coordinación y colaboración se produzcan de modo que los supervivientes auxiliados sean desembarcados del buque que les prestó auxilio y entregados en un lugar seguro, (...). En estos casos, las Partes tomarán las medidas pertinentes para que ese desembarco tenga lugar tan pronto como sea razonablemente posible».

No obstante, y aquí radica la novedad, el segundo apartado del artículo 10.1.c) del Reglamento Vigilancia Marítima dispone que «Si no resulta posible que la unidad participante quede exonerada de su obligación [de rescate y traslado a un puerto seguro] tan pronto como sea razonablemente posible y teniendo en cuenta la seguridad de las personas rescatadas y la de la propia unidad participante, esta *deberá ser autorizada a desembarcar a las personas rescatadas en el Estado miembro de acogida*». Con este párrafo el legislador de la Unión ha puesto fin a un problema, mejor dicho, a dos, que el Derecho Internacional del Mar no ha sido capaz de solucionar en años: la ausencia de una regla que permita determinar con certeza el Estado que, en última instancia, deberá

---

<sup>1306</sup> Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, cit., p. 198.



ofrecer sus puertos para el desembarco en casos de salvamento y la falta de vinculación entre el lugar de desembarco y el principio de no devolución.

Respecto al primero de ellos, pese a que la responsabilidad otorgada por el Convenio SAR al Estado responsable de la zona SAR (coordinar la operación de forma tal que los rescatados sean desembarcados en un puerto seguro) podría interpretarse como una obligación de resultado que, en última instancia, lo obligara a ofrecer sus puertos para el desembarco, lo cierto es que esta interpretación no ha tenido éxito en la práctica<sup>1307</sup>. La falta de claridad del precepto y la reticencia de unos Estados miembros temerosos de tener que tramitar los procedimientos de asilo y retorno de los rescatados lo ha impedido. Como sabemos, ello ha provocado situaciones en las que los buques rescatadores, con los migrantes rescatados a bordo, han tenido que esperar a la deriva, en ocasiones durante más de tres semanas, a que se encontrara una solución para el desembarco<sup>1308</sup>. La previsión de una regla residual en el Reglamento Vigilancia Marítima que posicione al Estado miembro anfitrión como lugar de desembarco evita que se den este tipo de escenarios cuando la Agencia GEFC participa en la operación de salvamento<sup>1309</sup>.

Respecto al segundo problema (la falta de vinculación entre el salvamento y el principio de no devolución), el Derecho Internacional ha realizado algunos intentos por solventarlo. Como sabemos, los convenios SOLAS y SAR no definen el lugar seguro en conexión con el respeto a los derechos humanos. No obstante, las Directrices MSC de 2004 (Punto 6.17) establecen «la necesidad de evitar el desembarco en territorios en los cuales la vida y libertad de las personas que invoquen un temor fundado de persecución estaría amenazada». Y añaden que este es «un elemento que debe tenerse en cuenta en el caso de las personas que solicitan asilo y de los refugiados rescatados en el mar». Ahora bien, es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica de estas Directrices. Tratándose de normas no vinculantes o *soft law*, es difícil imponer su contenido a los Estados parte del Convenio SAR.

---

<sup>1307</sup> Violeta MORENO LAX, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea», cit., p. 196.

<sup>1308</sup> *Vid.*, entre otras noticias, «Los veinte días de agonía del *Open Arms*» [Disponible en: [https://elpais.com/politica/2019/08/20/actualidad/1566317505\\_892642.html](https://elpais.com/politica/2019/08/20/actualidad/1566317505_892642.html) (Consultado por última vez el 10 de abril de 2020)].

<sup>1309</sup> No obstante, al mismo tiempo, provoca la reticencia de algunos Estados miembros para acoger operaciones conjuntas. Este es el caso de Malta, el cual se negó a acoger más operaciones conjuntas desde la aprobación de la Decisión Vigilancia Marítima.

Pues bien, no ocurre lo mismo en el caso de un Reglamento de la UE, como es el Reglamento Vigilancia Marítima, obligatorio en todo su contenido y directamente aplicable. Por ello es tan importante la vinculación que este último establece entre el desembarco y el principio de no devolución. Téngase en cuenta que la regla residual del Estado miembro anfitrión como lugar de desembarco se activa en aquellos casos en los que «no resulta posible que la unidad participante quede exonerada de su obligación [de rescate y traslado a un puerto seguro] (...)» [segundo apartado del 10.1.c) Reglamento Vigilancia Marítima]. Aunque pueden existir diversos motivos que impidan que la unidad participante quede exonerada de tal obligación, el principal es que el desembarco en el lugar que correspondería en aplicación del apartado primero del 10.1.c) Reglamento Vigilancia Marítima implique una vulneración del principio de no devolución. Por ello, antes de proceder al desembarco en el lugar propuesto por el RCC responsable de la zona SAR, las unidades participantes deben tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento Vigilancia Marítima. Recordamos que según este último «Durante la operación marítima, antes de que las personas interceptadas o *rescatadas* sean desembarcadas, obligadas a entrar en un tercer país, conducidas o entregadas de algún otro modo a las autoridades de un tercer país y teniendo en cuenta la evaluación de la situación general en ese tercer país, de conformidad con el apartado 2, las unidades participantes deberán, sin perjuicio del artículo 3, utilizar todos los medios para identificar a las personas interceptadas o rescatadas, evaluar sus circunstancias personales, informarles de su destino de una manera que las personas comprendan, o sea razonable presumir que comprenden y darles la oportunidad de expresar las razones para creer que el desembarco en el lugar propuesto representaría un incumplimiento del principio de no devolución». De la lectura conjunta del artículo 4.3 y el segundo apartado del artículo 10.2.c) Reglamento Vigilancia Marítima se infiere, que si el lugar propuesto para el desembarco por el RCC responsable implica la vulneración del principio de no devolución, las personas rescatadas deberán ser trasladadas al Estado miembro anfitrión.

En relación con los procedimientos que deba llevar a cabo este Estado tras el desembarco de las personas rescatadas, y con la finalidad de facilitar al mismo la aplicación de la Directiva Retorno, deben tenerse en cuenta las consideraciones planteadas en relación con el abuso de derecho en materia de salvamento llevadas a cabo en el Capítulo VI.

### 5.3 Los problemas de aplicación del régimen jurídico en materia de salvamento

Pese a la contribución que supone el establecimiento de la regla residual del Estado miembro anfitrión como lugar de desembarco y la toma en consideración del principio de no devolución a la hora de determinar el lugar de destino, la ejecución en la práctica de esta regulación ha revelado las deficiencias de las que adolece el sistema. En unos casos, por deficiente aplicación por parte de los Estados miembros y, en otros casos, por la propia configuración del procedimiento de «asilo marítimo».

En primer lugar, existen casos en los que no se ha activado la regla residual del Estado miembro anfitrión como lugar de desembarco porque los informes de situación general del tercer país al que se preveía que se trasladasen las personas rescatadas eran positivos. Fue el caso, por ejemplo, de la Operación conjunta *Hera* 2014.

En aquel momento, en aplicación del artículo 4.2 del Reglamento Vigilancia Marítima, España puso a disposición de Frontex un informe sobre la situación general de Marruecos y Senegal antes de incluir estos dos países en el plan operativo como potenciales lugares de destino de los migrantes rescatados e interceptados<sup>1310</sup>. Según la información disponible, cuando la operación de salvamento se llevaba a cabo en el SAR marroquí, concluía con el desembarco de los migrantes rescatados en Marruecos<sup>1311</sup>. De acuerdo con lo expuesto en el epígrafe anterior, este tipo de desenlaces son la primera opción prevista por el propio Reglamento Vigilancia Marítima. Concretamente, en aplicación del artículo 10.2.c), primer apartado Reglamento Vigilancia Marítima, es lógico que el desembarco se produjera en Marruecos si el rescate se produjo en la zona SAR marroquí y fue coordinado por el RCC marroquí. No obstante, al analizar este tipo de desenlaces es necesario recordar las críticas vertidas por el Agente de Derechos Fundamentales en relación con los informes de situación de terceros países<sup>1312</sup>. Por ello, no se puede afirmar que la vinculación entre el lugar de desembarco y el principio de no devolución prevista en el Reglamento Vigilancia Marítima opere a la perfección en la práctica. En este caso, no por una incorrecta configuración del artículo 4 Reglamento

---

<sup>1310</sup> De acuerdo con el *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex* (2014), Varsovia, 2015, p. 12, dichos informes de situación fueron remitidos por las autoridades españolas el 8 de julio de 2014, antes del lanzamiento de la operación.

<sup>1311</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>1312</sup> Recordamos que el Agente de Derechos Fundamentales concluía que estas evaluaciones parecen no cumplir los requerimientos básicos establecidos en el Reglamento Vigilancia Marítima para justificar que ningún desembarco no conlleve una potencial vulneración de los derechos fundamentales, especialmente del principio de no devolución.

Vigilancia Marítima, sino por su aplicación, tal vez deficiente, por parte de los Estados miembros.

En segundo lugar, se han reportado casos en los que algunos Estados miembros han procedido a trasladar a los migrantes rescatados a buques de terceros Estados sin aplicar el procedimiento previsto en el artículo 4.3 Reglamento Vigilancia Marítima. Uno de estos casos fue reportado en el seno de la Operación *Poseidón* 2016. De acuerdo con el informe de aplicación práctica del Reglamento Vigilancia Marítima de dicho año, el 11 de junio de 2016 se produjo una operación de salvamento por parte de las unidades desplegadas por la Agencia GEFC en la frontera entre Grecia y Turquía, en la zona SAR griega. La coordinación de la operación fue llevada a cabo por el RCC griego. Sin embargo, y según el citado informe, «por razones de seguridad» los migrantes rescatados fueron trasladados a un buque turco. Esta maniobra se debió a la existencia de otra embarcación en peligro en las inmediaciones que, junto a la «capacidad limitada del buque rescatador», motivó que el RCC griego ordenara el traslado de los primeros rescatados al buque turco<sup>1313</sup>. De acuerdo con lo anterior, pese a que el informe de la operación reportaba que «no se habían producido desembarcos en terceros Estados»<sup>1314</sup>, lo cierto es que sí que se habían producido entrega de migrantes rescatados a las autoridades de terceros Estados, lo que condujo, según el Agente de Derechos Fundamentales, a su desembarco en un tercer Estado (en concreto, en Turquía)<sup>1315</sup>. Estas situaciones también entran en el ámbito de aplicación del procedimiento de «asilo marítimo», por lo que es necesario intentar identificar a dichas personas, valorar sus circunstancias personales y permitirles esgrimir sus razones para no ser trasladados. No obstante, en relación con el suceso relatado, el Agente de Derechos Fundamentales se lamentaba de que «las previsiones establecidas en el artículo 4.3 no hubieran sido consideradas en relación con (i) la identificación, (ii) la evaluación de las circunstancias personales, (iii) información y (iv) la oportunidad de oponerse al desembarco»<sup>1316</sup>. De nuevo, nos encontramos con que la aplicación práctica del artículo 4 Reglamento Vigilancia Marítima por parte de los Estados miembros en determinadas ocasiones

---

<sup>1313</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n° 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2016)*, Varsovia, 2017, p. 8.

<sup>1314</sup> *Ibidem*, p. 8

<sup>1315</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>1316</sup> *Ibidem*, p. 13.

impide lograr el objetivo de evitar que se desembarquen (o entreguen) a las personas rescatadas a las autoridades de un tercer país.

Además, desde el punto de vista procedimental, en este caso concreto existen serias dudas sobre la legalidad de las instrucciones dadas por el RCC griego. Su papel era coordinar la operación de forma tal que las personas rescatadas fueran trasladadas a un lugar seguro (punto 3.1.9 del Capítulo relativo a la Cooperación entre Estados parte del Convenio SAR). Al respecto hay que tener en cuenta que, según las Directrices MSC de 2004, «No se debe considerar que el buque que presta auxilio es un lugar seguro, basándose únicamente en el hecho de que los supervivientes ya no están en peligro inmediato una vez que se encuentran a bordo del buque» (Punto 6.13). De lo anterior se deduce que ni el buque rescatador ni cualquier otro tienen la consideración de lugar seguro. Sin perjuicio del carácter no vinculante de las Directrices y de lo que pueda establecer la regulación nacional en materia de salvamento en Grecia, esta actuación podría suponer, además de un incumplimiento del Derecho de la Unión, del Convenio SAR. No obstante, es necesario tener en cuenta en este caso concreto, dada la exigencia de trasladar a los primeros rescatados a un segundo buque para proceder a un segundo rescate, la concurrencia de un estado de necesidad en relación con la antijuridicidad de la conducta del RCC griego.

Por último, además de los problemas derivados de la aplicación práctica del artículo 4 del Reglamento Vigilancia Marítima en materia de salvamento por parte de los Estados miembros, también hay problemas que se derivan de la propia configuración del precepto por parte del legislador de la Unión. Al respecto, nos remitimos a recordar los problemas derivados de la aplicación del mismo cuando el lugar de desembarco son los Estados miembros de la Unión Europea. Como se ha argumentado en relación con la interceptación, ha quedado demostrado que el hecho de que el desembarco se produzca en un Estado miembro no implica que el principio de no devolución quede garantizado. En este sentido, es paradójico que se establezca una regla residual de desembarco en un Estado miembro anfitrión como un automatismo de última ratio para evitar que se vulnere el principio de no devolución cuando, de la misma forma, dicho principio puede ser vulnerado al desembarcar a los rescatados en ese Estado miembro.

## **6. EL CONTROL DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA COORDINADAS POR LA AGENCIA**

6.1 Reclamación específica en vía administrativa. El mecanismo de denuncia interno de la Agencia GEFC

Dado que en el Capítulo III se expusieron, con carácter general, las diferentes vías administrativas existentes para controlar el respeto a los derechos fundamentales en el contexto de la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016, a continuación únicamente nos centraremos en analizar la vía administrativa específica habilitada por el Derecho de la Unión cuando dicha ejecución se produce en el seno de una cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC.

Aunque el Reglamento FRONTEX 2011 supuso un avance significativo en materia de protección de los derechos humanos durante las operaciones coordinadas por Frontex, la Agencia no desarrolló ningún «mecanismo eficaz para controlar el respeto de los derechos fundamentales» (tal y como disponía el artículo 26 bis Reglamento FRONTEX 2004, introducido en 2011). Por ello, de conformidad con el artículo 228 TFUE, el 6 de marzo de 2012 el Defensor del Pueblo Europeo inició una investigación de oficio para determinar si Frontex cumplía sus obligaciones en materia de derechos fundamentales. La investigación concluyó con una recomendación a la Agencia de «establecer un mecanismo para gestionar las denuncias por vulneración de los derechos fundamentales en todas las operaciones conjuntas realizadas bajo sus auspicios»<sup>1317</sup>. El citado mecanismo fue introducido en el artículo 72 Reglamento GEFC 2016 y se ha mantenido, en su esencia, en el artículo 111 Reglamento GEFC 2019. Asimismo, cabe mencionar que el director ejecutivo de la Agencia GEFC aprobó una Decisión que desarrollaba el Reglamento de base en sus dos Anexos, llamados «Reglas del mecanismo de denuncia» (Anexo I) y «Modelo estándar de denuncia» (Anexo II). Nos referimos a la Decisión R-ED-2016-106 sobre el Mecanismo de Denuncia, de 6 de octubre de 2016, (en adelante, Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia).

El mecanismo, de carácter administrativo, trata de configurar un sistema de fiscalización específico e interno de salvaguarda de los derechos fundamentales en el seno

---

<sup>1317</sup> Defensor del Pueblo Europeo, *Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo relativo a su investigación de oficio OI/5/2012/BEH MHZ sobre Frontex*, 7 de noviembre de 2013 [Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/special-report/es/52465> (Consultado por última vez el 10 de abril de 2020)].

de la Agencia GEFC. En concreto, el artículo 111.2 Reglamento GEFC 2019 establece que «Cualquier persona directamente afectada por las acciones u omisiones del personal que participe en una operación conjunta, un proyecto piloto, una intervención fronteriza rápida, el despliegue de un equipo de apoyo a la gestión de la migración, una operación de retorno, una intervención de retorno o cualquier otra actividad operativa de la Agencia en un tercer país, y que considere que debido a estas acciones u omisiones se han violado sus derechos fundamentales, así como cualquier parte que represente a dicha persona o que actúe en interés público, podrá presentar una denuncia por escrito ante la Agencia». Tal y como sugiere FERNÁNDEZ ROJO, la mejor forma de analizar el mecanismo de denuncia es dividir su estudio en tres fases: (1) presentación, admisión y remisión de la denuncia a la Agencia o al Estado miembro, según corresponda; (2) tramitación de la denuncia admitida por la Agencia o el Estado miembro afectado y (3) resultados de la tramitación de la denuncia<sup>1318</sup>.

#### 6.1.1 Presentación, admisión y remisión de la denuncia a la Agencia o al Estado miembro de origen del guardia fronterizo denunciado

En relación con la primera fase, la denuncia debe ser presentada por escrito y, aunque la Agencia ha habilitado un formulario fácilmente accesible en su página web en distintos idiomas, no es obligatorio utilizar este modelo (artículo 111.10 Reglamento GEFC 2019). El plazo de presentación es de un año desde el momento en que tuvo lugar la supuesta violación de los derechos fundamentales, desde que al afectado se le informó o tuvo conocimiento de ella o desde que tuvo posibilidad de presentar la denuncia<sup>1319</sup>. En la misma se deben alegar con detalle los hechos que han dado lugar a su presentación (artículo 5.3 Anexo I Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia)<sup>1320</sup>. Una vez presentada la denuncia, el Agente de Derechos Fundamentales es quien examina su admisibilidad, tras lo cual la registra y la remite al director ejecutivo de la Agencia y al Estado miembro

---

<sup>1318</sup> David FERNÁNDEZ ROJO, «Reglamento 2016/1624: De Frontex a la Guardia Europea de Fronteras y Costas», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, p. 245.

<sup>1319</sup> Artículo 8.1 del Anexo I de la Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia.

<sup>1320</sup> En concreto, el formulario para la presentación de una denuncia en aplicación del artículo 111 Reglamento GEFC 2019 establece que se debe tratar de identificar a las personas que llevaron a cabo la actuación lesiva y señalar «las repercusiones que dichas acciones han tenido en sus derechos fundamentales, en la medida de lo posible» [Disponible en: <https://microsite.frontex.europa.eu/en/Complaints> (Consultado por última vez el 10 de abril de 2020)].

de origen del guardia fronterizo en el caso de que sea admitida (artículo 111.4 Reglamento GEFC 2019)<sup>1321</sup>.

#### 6.1.2 Tramitación de la denuncia admitida por la Agencia o el Estado miembro afectado

En cuanto a la segunda fase del mecanismo, en el caso de que la denuncia afecte a un miembro del personal estatutario de la Agencia GEFC, el Agente de Derechos Fundamentales recomendará al director ejecutivo la adopción de las medidas adecuadas, incluidas, en su caso, las medidas disciplinarias que pudieran corresponder y, cuando proceda, el inicio de procedimientos civiles o penales (artículo 111.6 Reglamento GEFC 2019). En el caso de que la denuncia afecte a un miembro de los equipos no estatutario, la adopción de medidas corresponderá a su Estado miembro de origen (artículo 111.7 Reglamento GEFC 2019). Esto último nos lleva a concluir que los procedimientos disciplinarios nacionales analizados en el Capítulo III, aunque sean iniciados de oficio, pueden ser consecuencia de la instrucción del procedimiento de denuncia establecido en el artículo 111 Reglamento GEFC 2019.

Tanto la Agencia como el Estado miembro de origen, según el caso, deben garantizar un seguimiento adecuado e ir informando al Agente de Derechos Fundamentales, dentro del plazo de seis meses, acerca de las conclusiones y las medidas disciplinarias o de otro tipo que se hayan adoptado en respuesta a la denuncia (artículo 111.7. 1º Reglamento GEFC 2019 y artículos 10.6 y 11.2 del Anexo I Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia). En principio, el Agente de Derechos Fundamentales carece de competencia para imponer cualquier medida al Estado miembro que no realice un seguimiento adecuado de la queja, por lo que sus recomendaciones carecen de vinculatoriedad. El Reglamento se limita a establecer que en estos casos el Agente de Derechos Fundamentales informará al director ejecutivo y al consejo de administración de la Agencia GEFC (artículo 111.7. 2º Reglamento GEFC 2019).

#### 6.1.3 Resultados de la tramitación de la denuncia

---

<sup>1321</sup> El artículo 8.1 del Anexo I de la Decisión sobre el mecanismo de denuncia incluye los criterios de admisibilidad. Tanto si la denuncia es admitida como inadmitida, el Agente de Derechos Fundamentales debe comunicarlo a los denunciantes incluyendo, en caso de inadmisión, los motivos de la decisión. En el caso de que sea admitida, deberá informar a los denunciantes de que se ha registrado, que se ha iniciado una evaluación y que se enviará una respuesta en cuanto se disponga de ella (artículo 111.5 Reglamento GEFC 2019).



Por último, y en tercer lugar, cabe destacar que la consecuencia directa de la constatación, por parte de su Estado miembro de origen, de que un miembro de los equipos ha violado los derechos fundamentales o las obligaciones en materia de protección internacional es que la Agencia GEFC pedirá al Estado miembro de que se trate que aparte inmediatamente a esa persona de la actividad de la Agencia o del cuerpo permanente (artículo 111.8 Reglamento GEFC 2019 y artículo 11 Anexo I de la Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia).

Nada dispone el Reglamento GEFC 2019 en relación con la constatación, por parte de la Agencia GEFC, de que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales por parte de su personal. El artículo 10.5 Anexo I de la Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia establece que cuando el seguimiento de la Agencia conlleve la adopción de medidas administrativas y disciplinarias se aplicará el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea y sus normas de aplicación. En el caso de la Agencia GEFC, por el momento, la norma de aplicación del mencionado Estatuto es la Decisión n.º 26/2018 del consejo de administración de la Agencia, de 25 de octubre de 2018, por la que se adoptan disposiciones de carácter general en relación con infracciones administrativas y procedimientos disciplinarios [en adelante, Decisión Procedimientos Disciplinarios de la Agencia]. La mencionada Decisión vincula la comisión de una infracción disciplinaria con el incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en el Estatuto de Funcionarios de la Unión Europea [artículo 4.2 Decisión Procedimientos Disciplinarios de la Agencia]. Entre estas últimas, el artículo 12 del mencionado Estatuto establece que «El funcionario se abstendrá de todo acto o comportamiento que pudiera atentar a la dignidad de su función». En lo que interesa a este trabajo, podría afirmarse que el incumplimiento de uno de los derechos reconocidos en la CDFUE en el ejercicio de competencias ejecutivas por parte de un guardia fronterizo podría suponer un comportamiento que atenta a la dignidad de su función en lo que respecta al marco definido por la propia Unión Europea para garantizar el respeto de los derechos fundamentales<sup>1322</sup>. En lo que respecta a las sanciones tipificadas en la Decisión

---

<sup>1322</sup> En este sentido, según la STJ de 6 de marzo de 2001, *Bernard Connolly c. Comisión*, as. C-274/99, «el artículo 12, párrafo primero, del Estatuto tiene por objeto, en primer lugar, garantizar que los funcionarios comunitarios presenten, en su comportamiento, una imagen de dignidad conforme con la conducta especialmente correcta y respetable que cabe esperar de los miembros de una función pública internacional (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 7 de marzo de 1996, *Williams/Tribunal de Cuentas*, T-146/94, apartado 65; de 15 de mayo de 1997, *N/Comisión*, T-273/94, apartado 127, y de 17 de febrero de 1998, *E/CES*, T-183/96, apartado 39)» (ap. 124). En concreto, «la obligación de lealtad no sólo impone al funcionario de que se trate abstenerse de conductas que atenten

Procedimientos Disciplinarios de la Agencia, esta no contempla, de forma equivalente a lo previsto para los guardias fronterizos nacionales en el Reglamento GEFC 2019, que se aparte al guardia fronterizo estatutario del cuerpo permanente. Pese a ello, entendemos que va de suyo, por aplicación analógica del régimen previsto para los guardias fronterizos nacionales<sup>1323</sup>.

También es posible que el seguimiento por parte del Estado miembro de origen o de la Agencia desvele la ausencia de vulneración de derechos fundamentales, en cuyo caso las conclusiones derivadas del seguimiento de la denuncia deberán ser remitidas al Agente de Derechos Fundamentales. De conformidad con el artículo 8.2 Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia, entendemos que, independientemente del resultado del seguimiento, el Agente de Derechos Fundamentales lo comunica al denunciante. En virtud del mencionado precepto «Cuando la denuncia es admisible, el denunciante es informado por escrito de que la denuncia ha sido registrada, que se ha iniciado un seguimiento y que *se comunicará la respuesta tan pronto como esté disponible*».

En este contexto es necesario recordar que, en virtud del artículo 45.4 Reglamento GEFC 2019, el director ejecutivo de la Agencia GEFC podrá «tras consultar con el agente de derechos fundamentales (...) retirar la financiación de cualquier actividad de la Agencia o suspender o poner fin (...) a tal actividad, si considera que se están produciendo violaciones de derechos fundamentales o de obligaciones de protección internacional graves o que es probable que persistan en relación con la actividad de que se trate». Para adoptar este tipo de decisiones, el director tendrá en cuenta, entre otras cuestiones, «el número y el fondo de las denuncias registradas que no hayan sido resueltas por una autoridad nacional competente» (artículo 45.6 Reglamento GEFC 2019). No obstante, es necesario destacar que el último precepto únicamente es aplicable en caso de que las denuncias sean reiteradas y no se estén adoptando las medidas adecuadas por parte del Estado miembro en cuestión para investigarlas, mientras que en casos aislados de vulneración de derechos fundamentales por parte de los miembros de los equipos la consecuencia es la dispuesta en el artículo 111.8 Reglamento GEFC 2019.

---

contra la dignidad de la función y contra el respeto debido a la institución y a sus autoridades, sino también que dé muestras (...) de un comportamiento libre de cualquier sospecha» (ap. 128).

<sup>1323</sup> A favor de esta interpretación debe citarse la medida provisional contemplada en el artículo 4.4 de la Decisión Procedimientos Disciplinarios de la Agencia consistente en «la reasignación» del guardia fronterizo del personal estatutario mientras se tramita el expediente disciplinario.

En aplicación del artículo 72.9 Reglamento GEFC 2016, la Agencia incluía en sus informes anuales información sobre el mecanismo de denuncia. No obstante, en consonancia con el refuerzo de las competencias del Agente de Derechos Fundamentales, el nuevo Reglamento GEFC 2019 dispone que será este último quien en sus informes anuales incluirá información relativa al mecanismo de denuncia y, lo más importante, «incluido el seguimiento que la Agencia y los Estados miembros den a las denuncias» (artículo 111.9 Reglamento GEFC 2019)<sup>1324</sup>.

#### 6.1.4 Deficiencias detectadas en el Mecanismo de denuncia

Entre las críticas vertidas al Mecanismo de denuncia se encuentra su falta de imparcialidad, ya que el director ejecutivo (encargado del seguimiento efectivo de la queja presentada) es nombrado por el consejo de administración de la Agencia GEFC, el cual se compone de un representante de cada Estado miembro y dos miembros de la Comisión<sup>1325</sup>. No obstante, *a priori*, las condiciones del nombramiento del director ejecutivo de la Agencia GEFC no deberían implicar automáticamente la existencia de dudas acerca de su imparcialidad u objetividad para hacer un seguimiento de las denuncias contra los miembros de los equipos. A nivel nacional sucede, en la mayoría de los casos, que el órgano encargado de tramitar e imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios es el superior jerárquico. Es más, incluso en el seno de la Unión Europea, el hecho de que los jueces del Tribunal de Justicia sean nombrados por los Estados miembros no ha puesto en duda su imparcialidad a la hora de impartir justicia a estos últimos.

Continuando con las deficiencias detectadas en el mecanismo de denuncia, parte de la doctrina reclama la inclusión de compensaciones económicas por daños en el caso de que se muestre que los derechos fundamentales del denunciante han sido

---

<sup>1324</sup> En el Informe anual de Frontex 2017, las menciones al mecanismo de denuncia realizadas en aplicación del artículo 72.9 Reglamento GEFC 2016 fueron parcas y claramente insuficientes. La Agencia se limitó a reflejar que se habían recibido 15 denuncias, de las cuales se habían admitido a trámite 5. Sin embargo, no se aclaró qué medidas de seguimiento se realizaron ni que conclusiones se derivaron del mencionado seguimiento [Frontex, *Annual Activity Report 2017*, Varsovia, 29 de mayo de 2018, p. 41]. El Informe anual de Frontex 2018 aumentó la información relativa a las denuncias (10 recibidas, de las cuales 3 fueron admitidas a trámite), dando cuenta de algunas medidas de seguimiento realizadas por los Estados miembros. No obstante, seguía siendo insuficiente, motivo por el cual, entendemos, la tarea ha pasado a ser competencia del Agente de Derechos Fundamentales [Frontex, *Consolidated Annual Activity Report 2018*, Varsovia, 12 de junio de 2019, pp. 57 y ss.].

<sup>1325</sup> David FERNÁNDEZ ROJO, «Reglamento 2016/1624: De Frontex a la Guardia Europea de Fronteras y Costas», cit., p. 247.

vulnerados<sup>1326</sup>. Sin embargo, volviendo a establecer un paralelismo con los ordenamientos jurídicos nacionales, parece que esta carencia no se puede tildar de deficiencia, sino de elección legislativa. No debe olvidarse que el artículo 97 Reglamento GEFC 2019 prevé la posibilidad de que se pueda reclamar la responsabilidad extracontractual de la Agencia por los daños causados por su personal en el ejercicio de sus funciones (excluidos los miembros de los equipos desplegados en el Estado miembro de acogida) y de que se pueda reclamar responsabilidad extracontractual al Estado miembro de acogida por los daños causados por los miembros de los equipos desplegados en una determinada operación coordinada por la Agencia GEFC (artículo 84.1 Reglamento GEFC 2019).

En cualquier caso, y pese a las observaciones realizadas en cuanto a la falta de fundamento de estas críticas, lo cierto es que el análisis del mecanismo de denuncia y de su aplicación desvela carencias que dificultan enormemente su eficacia práctica. La más importante es la imposibilidad, *a priori*, de recurrir ni las decisiones de inadmisibilidad del Agente de Derechos Fundamentales ni, en el caso de que las denuncias sean admitidas, las medidas adoptadas o no adoptadas por los Estados miembros de origen o por la Agencia GEFC respecto a los guardias fronterizos denunciados. La imposibilidad de recurrir las decisiones de inadmisibilidad de las denuncias será revisada con posterioridad.

Para tener una visión más completa del mecanismo de denuncia conviene dar cuenta de la única denuncia respecto de la cual se ha dado constancia de las medidas de seguimiento llevadas a cabo por la Agencia y el Estado miembro de origen del guardia fronterizo denunciado. El resultado no ha sido muy esperanzador. En enero de 2017 el Agente de Derechos Fundamentales recibió una denuncia según la cual una familia había sido repatriada a Turquía desde Grecia en el seno de una operación conjunta coordinada por la Agencia sin tener la posibilidad de solicitar asilo. Según el denunciante, la actuación de los guardias fronterizos griegos tuvo como consecuencia la vulneración de los artículos 18 y 19 CDFUE. Tras admitirse a trámite la denuncia y remitirla a las autoridades griegas, en octubre de 2017 estas últimas respondieron expresando que la denuncia estaba siendo objeto de investigación por parte del Inspector General de

---

<sup>1326</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, 2019, p. 179.

Administración Pública en Grecia. Ante la falta de información, en febrero de 2018 el director ejecutivo de la Agencia GEFC requirió a Grecia urgentemente las conclusiones de la citada investigación. Ello no impidió que en julio del mismo año se interpusiera una nueva denuncia para añadir a las vulneraciones anteriores la del derecho a una buena administración (artículo 41 CDFUE) como consecuencia de la falta de respuesta a la primera denuncia<sup>1327</sup>. Tras el envío de nuevos requerimientos por parte del Agente de Derechos Fundamentales a las autoridades griegas, el 3 de diciembre de 2018 el director nacional de control de fronteras de Grecia respondió a los requerimientos alegando que el Inspector General de Administración Pública no era competente para investigar las acciones de la policía griega, motivo por el cual se había abierto una nueva investigación interna. Transcurridas cuatro prórrogas del plazo de 6 meses establecido para realizar el seguimiento de las denuncias por parte de la Agencia GEFC, ante la falta de respuesta de las autoridades griegas el Agente de Derechos Fundamentales se lamentaba de la falta de efectividad del mecanismo de denuncia y apelaba a los Estados miembros a respetar el derecho a una buena administración y a la diligencia debida en este ámbito<sup>1328</sup>.

## 6.2 Otra vía administrativa de carácter indirecto. La responsabilidad extracontractual del Estado miembro anfitrión

De conformidad con el artículo 5.5 Decisión sobre el Mecanismo de Denuncia, la utilización del mecanismo de denuncia específico interno de la Agencia GEFC no impide al denunciante activar otros recursos, incluyendo recursos administrativos o judiciales a nivel nacional. Entre las vías disponibles para recurrir una posible vulneración de derechos fundamentales por parte de un miembro de los equipos GEFC en el seno de una cooperación operativa, quizás una de las más prácticas (pese a su carácter indirecto), sea la responsabilidad extracontractual.

Como se ha repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, es el Estado miembro anfitrión quien responde extracontractualmente por los daños causados en el ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos de la

---

<sup>1327</sup> Este hecho resulta bastante desconcertante, teniendo en cuenta que esta vulneración no la realizaron los guardias de fronteras ni se realizó en el marco de una operación conjunta. Era atribuible, en su caso, exclusivamente a las autoridades griegas. Por ello no se alcanza a entender el motivo por el que fue admitida por el Agente de Derechos Fundamentales.

Sobre el derecho a la buena administración *vid.* Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «Del "derecho a la buena administración" al derecho de la Administración europea», *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 51, 2014 (Ejemplar dedicado a: Buena administración en la Unión Europea), pp. 19-43.

<sup>1328</sup> Frontex, *Consolidated Annual Activity Report 2018...*, cit., pp. 57 y 58.

GEFC, independientemente de su procedencia (artículo 84.1 Reglamento GEFC 2016). A falta de una regulación común de la Unión, y en aplicación del principio de autonomía institucional y procedimental, el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual en estos casos será el establecido por cada Estado miembro. De nuevo, nos remitimos al Capítulo III en lo que respecta al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial en el caso del ordenamiento jurídico español.

### 6.3 El control por parte del TJUE del respeto a los derechos fundamentales

Al igual que lo que sucede respecto a las vías administrativas de control, dado que en el Capítulo III se analizaron, con carácter general, las diferentes vías judiciales existentes para controlar el respeto a los derechos fundamentales en el contexto de la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016, a continuación únicamente nos centraremos en señalar que vías adicionales existen como consecuencia de la participación de la Agencia GEFC en dicha ejecución.

#### 6.3.1 La responsabilidad extracontractual de la UE

En virtud del artículo 340 TFUE «En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». A los efectos de este trabajo, el artículo 98 Reglamento GEFC 2019 dispone que los recursos de responsabilidad extracontractual contra la Agencia GEFC podrán interponerse, de conformidad con el artículo 340 TFUE, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tal y como se señaló en el Capítulo anterior, «en el caso de responsabilidad no contractual, la Agencia (...) deberá reparar los daños y perjuicios causados por sus servicios o por su personal en el ejercicio de sus funciones, incluidos los relacionados con el ejercicio de competencias ejecutivas» (artículo 97.4 Reglamento GEFC 2019). No obstante, el citado precepto debe interpretarse, porque la propia norma así lo explicita, *sin perjuicio* de lo dispuesto en el artículo 84 Reglamento GEFC 2019, el cual hace referencia a la responsabilidad extracontractual del Estado miembro de acogida respecto de los daños causados por los miembros de los equipos que se encuentren desplegados en una operación acogida por aquel. La lectura conjunta de ambos preceptos nos llevó a concluir que la Agencia GEFC únicamente responde extracontractualmente por los daños provocados por su personal que no forme parte de los miembros de los equipos GEFC.

A lo largo de los últimos Capítulos, se ha hecho referencia a determinadas actuaciones del personal de la Agencia (ajeno a los equipos GEFC) que podría dar lugar a responsabilidad extracontractual. Sirva como ejemplo la potestad otorgada por el Reglamento GEFC 2019 al director ejecutivo de la Agencia GEFC para que suspenda o ponga fin a una operación si considera que se están produciendo violaciones de derechos fundamentales o de obligaciones de protección internacional graves (artículo 46 Reglamento GEFC 2019). Aunque podría parecer una potestad discrecional, lo cierto es que la decisión debe adoptarse de conformidad con las denuncias registradas, los informes de incidentes graves, los informes de los agentes de coordinación y los de otras organizaciones internacionales. Por lo tanto, en el caso hipotético de que existiendo indicios suficientes para suspender o poner fin a una operación conjunta el director ejecutivo no utilice la prerrogativa concedida por el legislador de la Unión provocando daños a terceros, podría exigírsele responsabilidad extracontractual a la Agencia GEFC<sup>1329</sup>. Esta posibilidad se vincularía con la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas, la cual implica un deber de proteger a los individuos de las violaciones de derechos fundamentales perpetradas por otros sujetos<sup>1330</sup>.

### 6.3.2 El recurso de anulación ante el TJUE

En virtud del artículo 263 TFUE «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. *Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros*». Dado que la Agencia GEFC es considerada un organismo de la Unión, los actos de esta que estén destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros pueden ser recurridos ante el TJUE en virtud del precepto reproducido.

---

<sup>1329</sup> En este sentido, cabe destacar que existe jurisprudencia del TJUE que reconoce la existencia de responsabilidad extracontractual en casos en los que instituciones de la Unión Europea han errado a la hora de ejercer sus competencias de supervisión sobre las actuaciones de los Estados miembros [STCE de 10 de mayo de 1978, *Société pour l'Exportation des Sucres*, as. C-132/77, entre otras]. Además de al director ejecutivo, dicha jurisprudencia podría ser aplicable al Agente de Derechos Fundamentales y al Agente Coordinador en atención a las competencias de supervisión que les han sido asignadas en relación con los derechos fundamentales y con la implementación del plan operativo respectivamente. Lógicamente, en todos los casos nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad concurrente con la del Estado miembro de acogida en la que se han producido las violaciones de derechos fundamentales.

<sup>1330</sup> Jorrit RIJMA, «The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», Study for the LIBE Committee, marzo de 2016, p. 29.

El principal problema que presenta este recurso es que una persona física únicamente podrá utilizarlo «contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución»<sup>1331</sup>. Por ello, en principio, este recurso no cabría interponerlo para, por ejemplo, solicitar la declaración de nulidad de aquellos planes operativos que contemplan desembarcos en Estados en los que las personas interceptadas o rescatadas corren el riesgo de sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes<sup>1332</sup>. Aunque los planes operativos son adoptados por la Agencia GEFC, de acuerdo con el Estado miembro de acogida y tras informar a los Estados miembros participantes, es difícil afirmar que un plan operativo pueda afectar directa o individualmente a una determinada persona, ya que únicamente contiene disposiciones de carácter general relativas a la cooperación operativa, por lo que, de conformidad con este artículo, sería difícil reconocerles legitimación activa para interponer el recurso de anulación<sup>1333</sup>.

No obstante, hay otro tipo de resoluciones adoptadas por la Agencia GEFC que sí que afectan directa e individualmente a las personas físicas. En concreto, a aquellas cuyos derechos fundamentales han podido ser vulnerados. Piénsese, por ejemplo, en las resoluciones del Agente de Derechos Fundamentales por las que se inadmite una determinada denuncia interpuesta de conformidad con el mecanismo interno de la Agencia GEFC. Dicha inadmisión impide continuar con la tramitación del procedimiento y con la adopción de las medidas, disciplinarias o de otro tipo, frente al guardia fronterizo denunciado. La citada inadmisión sería así algo similar a lo que el ordenamiento jurídico español califica como «acto de trámite cualificado», los cuales pueden ser objeto de recurso. Por lo tanto, en nuestra opinión, las mencionadas resoluciones de inadmisión de denuncia emitidas por el Agente de Derechos Fundamentales también deberían ser susceptibles de recurso, en concreto, de recurso de anulación ante el TJUE.

---

<sup>1331</sup> En cuanto al cumplimiento de este requisito, *vid.*, entre otras, STCE de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo (ERTA)*, as. C- 22/70 y STCE de 11 de noviembre de 1982, *IMB c. Comisión*, as. C- 60/81.

<sup>1332</sup> Recordemos a estos efectos que, de acuerdo con el Agente de Derechos Fundamentales, los informes de situación del tercer país en los que los Estados miembros basan su decisión de desembarco no cumplen con los requisitos establecidos en el Reglamento Vigilancia Marítima.

<sup>1333</sup> Elspeth GUILD, Sergio CARRERA, Leonhard DEN HERTOOG y Joanna PARKIN, «Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office», *cit.*, pp. 215 y 216.



#### 6.4 La aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos a las actuaciones de vigilancia fronteriza llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa.

El análisis de los Informes anuales de implementación del Reglamento Vigilancia Marítima permite concluir que los incidentes reportados por los guardias fronterizos más comunes vienen relacionados con la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas<sup>1334</sup>, del principio de no devolución<sup>1335</sup>, del derecho a la dignidad humana<sup>1336</sup>, el derecho a la libertad y la seguridad<sup>1337</sup>, el derecho a la vida<sup>1338</sup>, el derecho a la integridad física<sup>1339</sup> y el derecho de asilo<sup>1340</sup>. Como consecuencia, puede afirmarse que los derechos fundamentales afectados por las actividades de vigilancia fronteriza marítima (incluidas las de salvamento) llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa coordinada por la Agencia GEFC son los mismos cuya vulneración fue analizada a lo largo de los Capítulos V y IV de este trabajo (relativo a la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016).

Y lo cierto es que no se esperaba otra conclusión, ya que las medidas de detección e interceptación empleadas en las operaciones nacionales son, forzosamente, las mismas que las contenidas en el Reglamento Vigilancia Marítima, con la diferencia de que en el primer caso no se encuentran habitualmente positivizadas o, al menos, no con la misma minuciosidad. Por tanto, tratándose de vulneraciones a los mismos derechos que las analizadas en Capítulo V, el objetivo de este epígrafe será únicamente determinar si el hecho de que las actuaciones de vigilancia se lleven a cabo en el seno de una cooperación operativa afecta, de algún modo, a la aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En concreto, en los siguientes epígrafes nos centraremos en el análisis de aquellas actuaciones de vigilancia llevadas a cabo más allá de la zona contigua, que son las que

---

<sup>1334</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2015)*, Varsovia, 2016, p. 13.

<sup>1335</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2016)*, Varsovia, 2017, pp. 8 y 13.

<sup>1336</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>1337</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>1338</sup> *Annual report on the practical application of Regulation (EU) n.º 656/2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by Frontex (2017)*, Varsovia, 2018, p. 18.

<sup>1339</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>1340</sup> *Ibidem*, p. 18.

presentan mayores complicaciones por el hecho de que no les alcanza el criterio de territorialidad sobre la base del cual se aplica generalmente el CEDH<sup>1341</sup>. En principio, en el caso de las operaciones desplegadas exclusivamente en el mar territorial o en la zona contigua del Estado miembro de acogida (como suele suceder en la mayoría de los casos) no deberían existir complicaciones para atribuir las vulneraciones de derechos humanos que, en su caso, pudieran existir a aquél y aplicar el CEDH<sup>1342</sup>. Como destacamos en el Capítulo V, pocas dudas existen respecto al ejercicio de jurisdicción *de iure* de un Estado ribereño sobre su mar territorial y su zona contigua.

#### 6.4.1 El problema de la coexistencia de una multitud de actores en el seno de las cooperaciones operativas coordinadas por la Agencia

A falta de una jurisdicción territorial, uno de los criterios más consolidados para determinar la jurisdicción extraterritorial de un Estado es la existencia de una jurisdicción *de facto* derivada de un «control efectivo» sobre las personas<sup>1343</sup>. Ya en el Capítulo V se expusieron los problemas de aplicación del CEDH a determinadas medidas de vigilancia fronteriza extraterritoriales por la falta de apreciación de un control efectivo por parte del Estado miembro en cuestión sobre las personas objeto de la medida (v.g. órdenes por megáfono, escolta o acompañamiento en alta mar). Los mismos problemas son trasladables a las medidas homólogas reguladas en el Reglamento Vigilancia Marítima.

No obstante, en el caso de la vigilancia fronteriza extraterritorial llevada a cabo en el seno de una cooperación operativa existe un problema adicional y es que, incluso

---

<sup>1341</sup> Recordamos que, en lo que respecta al ámbito de aplicación del CEDH, su artículo 1 dispone que «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». De conformidad con la jurisprudencia del TEDH, «el significado ordinario que debe dársele al término “jurisdicción” es principalmente territorial» (Decisión de admisibilidad *Bankovic y otros c. Bélgica y otros* de 12 de diciembre de 2001, as. 52207/99, ap. 59).

<sup>1342</sup> Más dudas surgen en aquellos casos en los que la operación, por cualquier circunstancia, se encuentra desplegada en un mar territorial o en una zona contigua distinta a la del Estado miembro anfitrión. De acuerdo con la preeminencia que da el TEDH a la jurisdicción territorial, en principio, a quien resultarían atribuibles las actuaciones sería al Estado miembro ribereño, principalmente porque debe emitir una autorización para que la operación entre en su mar territorial o en su zona contigua (artículos 6 y 8 Reglamento Vigilancia Marítima). No obstante, no puede obviarse que quien realmente da las instrucciones y mantiene el control efectivo de la operación es el Estado miembro anfitrión. Por ello, el criterio de jurisdicción territorial podría entrar en conflicto con el de jurisdicción derivada del control efectivo sobre las personas.

<sup>1343</sup> También en *Bankovic*, el TEDH reconoció que en casos excepcionales podía admitirse que las actuaciones de los Estados parte del CEDH fuera de sus respectivos territorios podrían entenderse como un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH y dar lugar a la aplicación del Convenio (ap. 67). Uno de esos casos excepcionales es cuando se acredite la existencia de un «control efectivo» sobre las personas por parte del Estado en cuestión. La jurisprudencia más representativa de este criterio la encontramos en las STEDH de 18 de julio de 2008, *Medvedyev y otros c. Francia*, ap. 67 y STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jama y otros c. Italia*, p. 77.

en el caso de aquellas medidas en las que existe un control efectivo sobre las personas objeto de la medida, resulta necesario determinar quién ejerce dicho control para poder determinar si cabe aplicar el CEDH y, en su caso, a quién. Es decir, teniendo en cuenta la composición del cuerpo permanente de la GEFC, resulta necesario dilucidar si la conducta lesiva se atribuye al Estado miembro de acogida de la operación, a uno de los Estados participantes o a la Agencia GEFC. En este último caso, que implica la posibilidad de que la Unión Europea resulte responsable de las actuaciones llevadas a cabo por su personal estatutario, se debe tener en cuenta la traba que supone, desde el punto de vista de los derechos humanos, el hecho de que la Unión Europea no esté adherida al CEDH<sup>1344</sup>. Como consecuencia, si los hechos resultaran atribuibles exclusivamente a la Agencia GEFC, el CEDH sería inaplicable. En el caso de que la conducta lesiva pudiera atribuirse a un Estado miembro, sí sería aplicable el CEDH, en los términos que a continuación se expondrán.

#### 6.4.2 La aplicación del CEDH a actuaciones llevadas a cabo por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión

En el Capítulo III se analizó si el TEDH era competente para controlar judicialmente las actuaciones de los Estados miembros en ejecución del artículo 13.1 CFS 2016. Tras analizar la jurisprudencia de la protección equivalente del TEDH (casos *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*<sup>1345</sup>; *Matthews*<sup>1346</sup> y *Bosphorus Airlines*<sup>1347</sup>) se llegó a la conclusión de que, dada la vigencia del principio de autonomía procedimental y la parquedad regulatoria existente en el ámbito de la vigilancia, habría que decantarse a favor de la existencia de un cierto margen de apreciación a favor de los Estados miembros a la hora de ejecutar el mencionado precepto del CFS 2016<sup>1348</sup>. Dicho margen, como se señaló en aquel momento, era el que abría la puerta a que el TEDH pudiera entrar a enjuiciar la adecuación al CEDH de las medidas de interceptación llevadas a cabo por los Estados miembros en ejecución del

---

<sup>1344</sup> Vid. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, ap. 258.

<sup>1345</sup> Decisión de admisibilidad *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* de 2 de mayo de 2007, as. acumulados 71412/01 y 78166/01.

<sup>1346</sup> STEDH de 10 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, as. 24833/1994.

<sup>1347</sup> STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, as. 45036/98.

<sup>1348</sup> Recordamos que, de conformidad con la teoría de la protección equivalente, la situación será diferente según que el Estado demandado ante el TEDH tenga o no poder de apreciación al aplicar el Derecho de la Unión. Si dicho poder existe, el Estado miembro resultará plenamente responsable de sus actos respecto del CEDH. En caso contrario, no será responsable respecto del Convenio, a condición de que el Derecho de la Unión ofrezca una protección equivalente de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

artículo 13 CFS 2016. Lo que cabe preguntarse en esta sede es si la conclusión alcanzada en el Capítulo III se puede ver desvirtuada por la coordinación y participación de la Agencia GEFC en la ejecución del artículo 13 CFS 2016.

Tomando de nuevo como referencia la teoría de la protección equivalente, debe determinarse si en el seno de una cooperación operativa el Estado miembro anfitrión continua teniendo margen de apreciación respecto a la ejecución del artículo 13 CFS 2016 en sus fronteras exteriores, en cuyo caso las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la cooperación operativa podrían ser objeto de análisis por parte del TEDH o si, por el contrario, se trata de una aplicación directa del Derecho de la Unión, en cuyo caso el mencionado tribunal no podría entrar a valorar los hechos de acuerdo con la jurisprudencia citada. Pues bien, teniendo en cuenta el régimen jurídico de la cooperación operativa analizado en el Capítulo VII, parece que habría que decantarse a favor de la existencia de un cierto margen de apreciación. Así se deduciría del hecho de que en las modalidades de cooperación expuestas hasta el momento nos encontremos ante operaciones iniciadas a solicitud de un Estado miembro o con el beneplácito de este último tras una recomendación de la Agencia GEFC; de que el Estado miembro de acogida imparte las instrucciones a los equipos GEFC de conformidad con el plan operativo que ha acordado con el director de la Agencia GEFC; de que el uso de la fuerza, de las armas, de las municiones y resto de equipamiento se ejerce de conformidad con el derecho del Estado miembro de acogida y de que el ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los equipos GEFC debe contar con la autorización del Estado miembro de acogida. Todos estos factores permiten afirmar que el Estado miembro de acogida, no solo conserva cierto margen de maniobra durante la cooperación operativa, sino que conserva el control y autoridad últimos de la misma, de acuerdo con la jurisprudencia *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*. De ello se deduce la competencia del TEDH para enjuiciar al Estado miembro anfitrión por las posibles vulneraciones al CEDH que se produzcan en el seno de las operaciones conjuntas que acoja, aun cuando los hechos que determinen las vulneraciones concretas hayan sido cometidos por personal estatutario de la Agencia GEFC o por agentes procedentes de otros Estados miembros.

#### 6.4.3 La atribución de las actuaciones de vigilancia al Estado miembro de acogida

Como quedó reflejado en el Capítulo anterior, los equipos de gestión de fronteras de la GEFC que llevan a cabo competencias ejecutivas susceptibles de entrar en colisión

con determinados derechos humanos están constituidos por el personal estatutario de la Agencia GEFC (Categoría 1) y los guardias fronterizos de los Estados miembros (Categorías 2, 3 y 4). Teniendo en cuenta que el TEDH requiere la existencia de un control efectivo para considerar aplicable el CEDH a un determinado Estado que actúa fuera de su jurisdicción territorial y que, en ocasiones, las cooperaciones operativas se despliegan más allá del territorio del Estado miembro anfitrión (a estos efectos, el mar territorial y la zona contigua), cabe preguntarse quién posee dicho control efectivo en estos casos: la Agencia GEFC, el Estado miembro de acogida, los Estados miembros participantes o todos en conjunto. Para responder a esta pregunta resulta especialmente ilustrativa la configuración del régimen de responsabilidad extracontractual por parte del Reglamento GEFC 2019.

En virtud del artículo 84 Reglamento GEFC 2019 «mientras los miembros de los equipos estén interviniendo en el Estado miembro de acogida, ese Estado miembro será responsable, de conformidad con su Derecho nacional, de los daños y perjuicios que causen durante sus operaciones». El precepto refleja que, en términos de responsabilidad patrimonial, el legislador de la Unión ha considerado que las lesiones derivadas del ejercicio de competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos son imputables (independientemente de su procedencia) al Estado miembro de acogida. Ello, trasladado a la jurisprudencia del TEDH sobre la aplicabilidad del Convenio, puede interpretarse como un fuerte indicio de que quien ostenta el control efectivo durante la cooperación operativa es el Estado miembro de acogida.

Realizando «un examen de los elementos factuales variables y un escrutinio de quién da las órdenes al personal desplegado»<sup>1349</sup>, nos encontramos con que los equipos precisan de la autorización del Estado miembro de acogida para el ejercicio de competencias ejecutivas en su territorio (artículo 82.3 Reglamento GEFC 2019); que solo podrán desempeñar funciones y ejercer competencias bajo las instrucciones y en presencia de los guardias de fronteras del Estado miembro de acogida (artículo 82.4 Reglamento GEFC 2019) y que el porte y uso de las armas reglamentarias, munición y equipamiento se ejercerá con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de acogida y en presencia de los guardias de dicho Estado (artículo 82.8 Reglamento GEFC 2019). Como consecuencia, puede afirmarse que el Estado miembro de acogida no solo

---

<sup>1349</sup> Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, cit., p. 68.

ostenta cierto margen de apreciación a la hora de ejecutar el artículo 13 CFS 2016, sino que, en virtud de todo lo analizado, también ejerce control efectivo sobre las operaciones en el sentido del artículo 1 CEDH.

Así lo demuestran, por ejemplo, el plan operativo de la Operación Conjunta *Hera* 2013, según el cual «España, Estado miembro de acogida, es el solicitante, desarrollador y ejecutor de las tareas»; el plan operativo de la Operación RABIT 2010 en Grecia, en virtud del cual era responsabilidad de Grecia «conducir, liderar, comandar y supervisar las medidas de control fronterizo» o el *Handbook to the operational plan*, conforme al cual «los guardias fronterizos del Estado miembro de acogida (...) lideran la implementación de la operación conjunta»<sup>1350</sup>. Ello nos llevaría a concluir que, en el caso de actuaciones de detección e interceptación llevadas a cabo en el seno de una cooperación operativa extraterritorial que provoquen la vulneración de alguno de los derechos humanos reconocidos en el CEDH, el Estado responsable sería el Estado miembro de acogida<sup>1351</sup>.

En relación con los guardias fronterizos, la relación existente entre el Estado miembro de acogida y los Estados miembros participantes en una operación conjunta puede entenderse como un caso en el que un órgano de un Estado es puesto a disposición de otro. De conformidad con el artículo 6 ARI, el cual podemos emplear a título hermenéutico a efectos de atribución de un comportamiento a un Estado (como venimos haciendo, en general, con el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas), «se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra». Recordamos que «[poner a disposición] no se trata únicamente de que el órgano haya sido designado para realizar funciones correspondientes al Estado a cuya disposición se ha puesto. Al desempeñar las funciones que le confía el Estado receptor, el órgano también debe actuar juntamente con los

---

<sup>1350</sup> Frontex Operations Division (Sea Border Sector), *Operational Plan Hera 2013...*, cit., p. 22; Frontex, *RABIT Operation 2010 Operational Plan*, Doc. n.º 15965 de 29 de octubre de 2010, p. 8 y Frontex Operations Division (Sea Border Sector), *Handbook to the operational plan* (Joint Maritime Operations), Varsovia, 2014, p. 30, respectivamente.

<sup>1351</sup> En la misma línea, *vid.* Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, cit., p. 211.

mecanismos de ese Estado y bajo su exclusiva dirección y control, más que en cumplimiento de instrucciones del Estado que le envía»<sup>1352</sup>.

Conforme a lo analizado hasta el momento, parece poder afirmarse que los guardias fronterizos de los Estados participantes (y los de la Agencia GEFC) no solo realizan funciones correspondientes al Estado miembro de acogida, que también, sino que se insertan en la maquinaria de ese Estado, siguiendo sus instrucciones y aplicando su derecho nacional en materia de control fronterizo<sup>1353</sup>. El TEDH ha lidiado en determinadas ocasiones con este tipo de situaciones en su jurisprudencia. Uno de los casos más interesantes a los efectos de este trabajo es *Drozd and Janousek c. France and Spain*, el cual versaba sobre una condena por un Tribunal de Andorra a un ciudadano español y otro checo por un robo armado cometido en el principado<sup>1354</sup>. El TEDH tuvo que decidir si la vulneración del artículo 6 CEDH reclamada por los recurrentes podía ser atribuida a España, a Francia o a ambos ya que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Andorra, el tribunal había estado constituido por jueces españoles y franceses. En línea con la tesis defendida en este trabajo sobre el control efectivo del Estado miembro de acogida durante la cooperación operativa, el TEDH determinó que carecía de jurisdicción *ratione personae* por los siguientes motivos: (1) los jueces de Francia y España que ejercían como miembros de tribunales de Andorra no lo hacían como jueces de España o Francia; (2) sus funciones eran ejercidas de forma autónoma; (3) las sentencias no estaban sujetas a supervisión por parte de autoridades francesas o españolas y (4) no había indicios que sugirieran que las autoridades francesas o españolas hubieran querido interferir en el juicio<sup>1355</sup>.

La aplicación de esta jurisprudencia a las actuaciones analizadas en este capítulo implicaría que el TEDH se declararía incompetente para enjuiciar casos en los que los recurrentes se dirigieran contra los Estados miembros participantes en una operación conjunta por el simple hecho de que los guardias fronterizos que cometieran la actuación

---

<sup>1352</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones [A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)], p. 45.

<sup>1353</sup> Así lo interpretan también MUNGIANU [Roberta MUNGIANU, *Frontex and non-refoulement: the international responsibility of the EU*, Cambridge, 2018, p. 70 y ss.], FINK [Melanie FINK, *Frontex and Human Rights, Responsibility in "Multi-Actor Situations" under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford UP, Oxford, 2018, pp. 125 y 126] y HESCHL [Lisa HESCHL, *Protecting the rights of refugees beyond European borders*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 111 y ss.], las cuales consideran que las actuaciones de los guardias fronterizos de los estados miembros participantes en operaciones coordinadas por la Agencia GEFC son atribuibles al Estado miembro anfitrión de la operación.

<sup>1354</sup> STEDH, *Drozd and Janousek c. France and Spain*, de 26 de junio de 1992, as. 12747/87.

<sup>1355</sup> *Ibidem*, ap. 96.

lesiva procedieran de dichos Estados. Teniendo en cuenta que los guardias fronterizos participantes en operaciones conjuntas no ejercen como guardias fronterizos nacionales, sino que se ponen a disposición del Estado miembro anfitrión, contra quien deberían dirigirse los recurrentes sería contra este último. Estableciendo un paralelismo con el caso *Drozd and Janousek c. France and Spain*, la posición del Estado miembro de acogida se correspondería con la de Andorra y la posición de los Estados miembros participantes se identificaría con la de Francia y España.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que se atribuyen al Estado miembro de acogida las actuaciones de los miembros de los equipos desplegados en la operación conjunta que hospeda, pero no de las de todo el personal de la Agencia GEFC que participa en la operación. En este sentido, si el director ejecutivo, el Agente de Coordinación o el Agente de Derechos Fundamentales llevaran a cabo alguna conducta susceptible de vulnerar algún derecho fundamental, de dicha vulneración respondería la Agencia GEFC (artículo 97 Reglamento GEFC 2019) y, como consecuencia, no sería aplicable el CEDH. De la misma forma, incluso en el caso de actuaciones realizadas en el ejercicio de competencias ejecutivas por parte del cuerpo permanente en el Estado miembro de acogida, si dichas actuaciones causaran daño o perjuicio como consecuencia de negligencia grave o dolo, de la misma forma que la responsabilidad extracontractual se trasladaría al Estado miembro de origen o a la Agencia GEFC, habría que descartar el control efectivo del Estado miembro de acogida en el sentido del artículo 1 CEDH para el caso de actuaciones de vigilancia extraterritoriales. En el caso de actuaciones de vigilancia en el mar territorial o la zona contigua del Estado miembro anfitrión, parece que sí podría atribuírsele a este último la conducta del guardia fronterizo doloso o negligente, ya que primaría la jurisdicción territorial proyectada sobre su mar territorial y su zona contigua sobre la del control efectivo.



## **BLOQUE IV**

# **LA EJECUCIÓN POR PARTE DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS DE LA POLÍTICA EUROPEA DE CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES**

## **CAPÍTULO IX. LAS POTESTADES DE LA AGENCIA DE LA GUARDIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL MANDATO DE VIGILANCIA FRONTERIZA**

### **1. LA IMPORTANCIA DE LAS POTESTADES DE SUPERVISIÓN Y REACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS Y DEFICIENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL ÁMBITO DEL CONTROL FRONTERIZO**

#### **1.1 La efectividad del Derecho de la Unión como límite a la autonomía procedimental en materia de vigilancia fronteriza**

Como se apuntó en el Capítulo II, de conformidad con el artículo 4.2.j) TFUE, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (regulado en los artículos 67 a 89 TFUE) constituye un ámbito de competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión Europea. Concretamente, en lo que respecta a la Política común de gestión de las fronteras exteriores, recordamos que la Unión Europea tiene atribuidas las competencias legislativas necesarias para adoptar medidas relativas a los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores y para adoptar medidas relativas al establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.2.b) y d) TFUE, respectivamente]. En cuanto a las competencias de ejecución en este ámbito, mientras la Comisión y el Consejo ejercen las denominadas «potestades normativas» (normas de aplicación de actos legislativos del Derecho de la Unión), la Agencia GEFC ejerce ciertas «potestades operativas» (aplicación de una norma concreta del Derecho de la Unión a una situación particular), como la potestad de planificación estratégica de la gestión de las fronteras exteriores o la potestad de coordinación de la cooperación operativa. Por último, en principio, corresponde a los Estados miembros el ejercicio de las «potestades operativas materiales» de control fronterizo (como es el caso de la vigilancia) dada su estrecha vinculación con el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (materias reservadas a los Estados miembros de conformidad con el artículo 72 TFUE).

Dado que, en principio y según acabamos de decir, la ejecución operativa de naturaleza material del Derecho de la Unión en materia de control de fronteras

corresponde a los Estados miembros, estos últimos están obligados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 TUE, a dotar de plena eficacia al acervo de la Unión Europea en este ámbito (esencialmente, al Código de Fronteras Schengen). En virtud del mencionado precepto, los Estados miembros «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión». Como se adelantó en el Capítulo II, este artículo 4.3 TUE ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que, en el proceso de ejecución nacional, los Estados miembros gozan de autonomía institucional y procedimental<sup>1356</sup>. Es decir, aunque «los Estados miembros están obligados a dar plena eficacia a las normas de la Unión, tienen derecho a adoptar las medidas necesarias en el respeto a las competencias institucionales nacionales [autonomía institucional] y de los procedimientos administrativos y judiciales previstos en el derecho nacional [autonomía procedimental]»<sup>1357</sup>. En definitiva, con la finalidad de dar cumplimiento a sus obligaciones de Derecho de la Unión en materia de control fronterizo, «los Estados miembros disponen de libertad a la hora de determinar, por un lado, la institución u órgano (legislativo, ejecutivo, judicial, estatal, autonómico o local) encargado de ejecutar dichas obligaciones [autonomía institucional] y, por otro, el procedimiento que sirve de instrumento para encauzar el cumplimiento interno de tales obligaciones [autonomía procesal]»<sup>1358</sup>. Así se deriva también, implícitamente, del artículo 15 CFS 2016, en virtud del cual «Los Estados miembros dispondrán de personal y medios adecuados y en número suficiente para ejercer el control de las fronteras exteriores (...) con el fin de garantizar un nivel elevado, uniforme y efectivo de control en sus fronteras exteriores».

Como sugiere FUENTETAJA, si la autonomía de los Estados miembros a la hora de ejecutar el Derecho de la Unión se llevara hasta sus últimas consecuencias, podría erigirse en un obstáculo de base para asegurar una aplicación efectiva de aquel<sup>1359</sup>. Por ello, tal y

---

<sup>1356</sup> STJCE de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, asuntos 51 a 61/7, ap. 4, entre otras muchas.

<sup>1357</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 442. Los autores citan como jurisprudencia representativa de dicha interpretación las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de febrero de 1971, *Norddeutsches Vieh*, as. 39/70. De conformidad con esta última «cuando una norma comunitaria confía a las autoridades nacionales la adopción de las medidas necesarias para su aplicación, esas medidas internas se toman por las autoridades nacionales en el respeto de las formas y procedimientos del derecho nacional» (ap. 5).

<sup>1358</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 376.

<sup>1359</sup> *Ibidem*, p. 377.

como establece el propio TJUE, esta autonomía debe configurarse y contrapesarse de forma tal que la aplicación del derecho nacional no afecte ni al alcance ni a la eficacia del Derecho de la Unión<sup>1360</sup>. El citado contrapeso viene representado por los principios de equivalencia y efectividad, los cuales condicionan el principio de autonomía de la siguiente forma: por un lado, los Estados miembros tienen que garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea de igual forma que garantizan el cumplimiento de su Derecho nacional, «asegurando así idéntica protección a los Derechos surgidos en ambos ámbitos» (principio de equivalencia)<sup>1361</sup>, y, por otro lado, tienen que aprobar normas nacionales para la ejecución del Derecho de la Unión que no hagan imposible o extremadamente difícil, en la práctica, el cumplimiento de este último (principio de efectividad)<sup>1362</sup>.

De los dos principios que limitan la autonomía de los Estados miembros al dar cumplimiento a sus obligaciones de vigilancia fronteriza, aquel cuya garantía presenta mayores complicaciones es el de efectividad. Como se ha podido comprobar en los Capítulos IV, V y VI (relativos a la ejecución nacional del artículo 13 CFS 2016), el problema no es la determinación de las autoridades nacionales que deben ejecutar el mandato de vigilancia fronteriza (autonomía institucional), sino la compatibilidad de la escasa regulación procedimental nacional existente en este ámbito (autonomía procedimental) con el respeto a la protección de los derechos humanos (CDFUE) y con el propio funcionamiento del Espacio Schengen. De esta forma, puede afirmarse que el amplio margen del que disponen los Estados miembros para regular el ámbito de la vigilancia fronteriza puede poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Derecho de la Unión. Como se comprobará a lo largo de este Capítulo, ante tal situación, el legislador de la Unión ha habilitado determinados mecanismos que permiten, de alguna forma, «controlar» que el principio de autonomía sobre el que se fundamenta la ejecución indirecta de las potestades operativas materiales en materia de vigilancia no menoscabe la efectividad del Derecho de la Unión.

---

<sup>1360</sup> STJCE de 6 de mayo de 1982, *BayWa c. BALM*, asuntos acumulados 146, 192 y 193/81, ap. 29; STJCE de 19 de mayo de 1998, *Bent Jensen*, as. C-132/95, aps. 54 y 67; y STJCE de 12 de mayo de 1998, *Kefalas*, as. C-367/96, ap. 22.

<sup>1361</sup> Francisco MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. Principio constitucional de imperio de la ley», *Revista de Derecho Político*, n.º 99, mayo-agosto 2017, p. 407.

<sup>1362</sup> En este sentido, coincidimos con FUENTETAJA PASTOR en que el principio de efectividad es «un principio de resultados» (Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 5, 2018, pp. 99).

## 1.2 Las potestades de supervisión y reacción como instrumentos para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión

La supervisión puede ser definida como la verificación de la existencia de las condiciones necesarias para hacer efectivo un preciso interés, cuya finalidad, añade PAREJO ALFONSO, no es otra que la corrección de la actuación supervisada<sup>1363</sup>. En nuestra opinión, verificar la existencia de las condiciones necesarias para hacer efectivo un preciso interés equivale, en el ámbito de las potestades administrativas, a verificar el cumplimiento normativo por parte del destinatario de la norma. Trasladando esta definición al ámbito objeto de nuestro estudio, puede afirmarse que el interés perseguido por el legislador de la Unión cuando atribuye potestades de supervisión a las Instituciones y organismos europeos es garantizar la efectividad del Derecho de la Unión en materia de control fronterizo. Más concretamente, verificar que la autonomía procedimental de los Estados miembros para ejecutar el acervo de la Unión Europea en materia de control fronterizo no se convierte en un obstáculo para el adecuado funcionamiento del Espacio Schengen. En definitiva, «con la evaluación [en nuestro caso, supervisión] se espera garantizar que los Estados miembros apliquen las normas de Schengen de manera eficaz de conformidad con los principios y normas fundamentales (...), la evaluación [supervisión] debería incluir toda la legislación y todas las actividades operativas pertinentes que contribuyan al funcionamiento de un espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores» [Considerando 15 Reglamento (UE) n.º 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen].

Dado que, de acuerdo con PAREJO ALFONSO, la finalidad de la supervisión no es otra que la corrección de la actuación supervisada, coincidimos con FUENTETAJA en que «la Unión Europea no puede desentenderse de la fase de ejecución estatal del Derecho europeo», limitándose a evaluar actividades y denunciar incumplimientos, sino que debe garantizar la efectividad del Derecho de la Unión interviniendo, «si es necesario y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en la ejecución nacional»<sup>1364</sup>. Como consecuencia, si los resultados de la verificación producida en la fase de supervisión fueran negativos, sería necesaria una reacción para asegurar que las normas son verdadera

---

<sup>1363</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Alternativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 96 y 102.

<sup>1364</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., pp. 378 y 379.

y efectivamente aplicadas<sup>1365</sup>. Con esta finalidad, el Derecho de la Unión ha habilitado una serie de «medidas de naturaleza no sancionadora (...) ante incumplimientos normativos o situaciones de riesgo con la finalidad de restablecer la legalidad y proteger los intereses públicos en juego»<sup>1366</sup>. Es decir, con la finalidad de asegurar «una gestión integrada que garantice un nivel elevado y uniforme de control y vigilancia» [Considerando 1 Reglamento FRONTEX 2004 y Reglamento GEFC 2019].

Como comprobaremos en los siguientes epígrafes, la reacción como medio para asegurar el adecuado y efectivo cumplimiento de las normas no se reduce a las clásicas formas de compulsión o coerción (sanción administrativa o penal, coacción directa, intimación, ejecución forzosa), sino que también cubre lo que se ha venido a calificar como «imposición mediante conciliación y acuerdo»<sup>1367</sup>. En el Derecho de la Unión esta última modalidad, que es precisamente la vigente en el ámbito de control fronterizo, viene representada por las recomendaciones y las decisiones.

### 1.3 La dualidad de instancias europeas con potestades de supervisión y reacción en materia de control fronterizo

#### 1.3.1 El legislador europeo como artífice de la distribución de competencias ejecutivas de control fronterizo en el seno de la Administración Europea

En virtud del artículo 70 TFUE «(...) el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los Estados miembros, de las políticas de la Unión contempladas en el presente título [Título V: ELSJ] (...)». De conformidad con el precepto reproducido, en principio, dentro de la Administración Europea (formada por las Instituciones y organismos de la Unión Europea con potestades ejecutivas) correspondería a la Comisión evaluar o supervisar que las autoridades de los Estados miembros están aplicando adecuadamente el acervo de la Unión en materia de control fronterizo en sus respectivos territorios. Además, dado que la finalidad de la supervisión

---

<sup>1365</sup> Alberto GIL IBÁÑEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 16.

<sup>1366</sup> Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano», en Diego ZEGARRA VALDIVIA (Coord.) *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, p. 395.

<sup>1367</sup> Alberto GIL IBÁÑEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, cit., p. 16.

es la corrección de la actuación supervisada, sería lógico que dicha potestad de la Comisión se extendiera a la adopción de las medidas correctivas necesarias para garantizar que las normas son verdadera y efectivamente aplicadas<sup>1368</sup>. Todo ello de conformidad con el más general artículo 17 TUE, conforme al cual, corresponde a la Comisión «supervisar la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». De hecho, esta función es considerada por algunos autores como uno de los elementos esenciales de la denominada «Administración europea» y ha permitido apodar a la Comisión como «la guardiana de los tratados»<sup>1369</sup>.

Pese a esta aparentemente exclusiva atribución de potestades de supervisión y reacción a la Comisión en el ámbito del ELSJ por parte de los Tratados, recordemos que ya en el Capítulo II se adelantó que el legislador europeo, «pese a actuar en un segundo escalón teóricamente sometido a las previsiones del primer escalón constitucional», se erige como auténtico artífice de la distribución de potestades ejecutivas entre las Instituciones de la Unión<sup>1370</sup>. Confirmando esta teoría, en el mencionado Capítulo pudo comprobarse que, aunque la Agencia GEFC no viene reconocida explícitamente en los tratados (como Europol y Eurojust), tiene atribuidas ciertas potestades ejecutivas de naturaleza operativa gracias a la acción del legislador. Esta posibilidad derivaba de la coexistencia de varios factores: en primer lugar, de la consideración de las agencias como un mero instrumento ejecutivo implícito en una competencia general atribuida a la Unión en el marco de una política sectorial concreta; en segundo lugar, de la modulación realizada por el legislador del principio de subsidiariedad; y, en tercer lugar, de la ambigüedad e imprecisión del título competencial contenido en el artículo 77.2.d) TFUE. Dado que este último precepto habilita la adopción de «cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores», el Reglamento GEFC 2016 lo empleó como base competencial para atribuir a la Agencia GEFC las potestades necesarias para, en primer lugar, supervisar las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión en materia de gestión fronteriza y, en segundo lugar, reaccionar frente a las deficiencias o

---

<sup>1368</sup> De hecho, como veremos en el epígrafe siguiente, la misma norma que regula los procedimientos de evaluación contempla las correlativas medidas de reacción ante los incumplimientos o riesgos detectados en fase de supervisión.

<sup>1369</sup> Herwig C.H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 62.

<sup>1370</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 364.

incumplimientos alumbrados por dicha supervisión<sup>1371</sup>. En definitiva, puede afirmarse que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 70 TFUE, en 2016 el legislador de la Unión dotó a la Agencia GEFC de los instrumentos necesarios para, en aras de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, limitar la autonomía de los Estados miembros a la hora de ejecutar el acervo de la Unión en materia de control fronterizo.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que en el ámbito de la gestión integrada de las fronteras exteriores se da la particularidad de que hay una dualidad de instancias supervisoras en cuanto a la ejecución nacional del acervo de la Unión en materia de control fronterizo. Esta dualidad no es la regla general en el Derecho de la Unión, pero tampoco es una excepción<sup>1372</sup>. En realidad, existe un consenso generalizado sobre la idoneidad de las agencias europeas para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión<sup>1373</sup>. Por una parte, los Estados miembros las han aceptado como medio «para controlar un aspecto concreto de la política comunitaria que, de otro modo, quedaría completamente en manos de la Comisión en forma de un servicio administrativo más»<sup>1374</sup>. De hecho, la opción de residenciar la totalidad de las potestades supervisoras en la Comisión provoca ciertas suspicacias en unos Estados miembros en ocasiones reticentes a rendir cuentas directamente al ejecutivo de la Unión. Por otra parte, la Comisión también considera a las agencias como instrumentos adecuados para conseguir una ejecución uniforme y eficaz del derecho europeo en ámbitos altamente regulados pero funcionalmente descentralizados en su ejecución por los Estados miembros<sup>1375</sup>. Este consenso ha provocado que, cada vez con más frecuencia, se asista a un desposeimiento

---

<sup>1371</sup> En este sentido, autores como CARRERA y DEN HERTOOG entienden que el ámbito de aplicación del precepto es lo suficientemente amplio como para justificar la atribución de dichas potestades a la Agencia GEFC. De hecho, según estos autores, el mencionado precepto justificaría cualquier medida de la Unión Europea relacionada con la gestión de las fronteras exteriores. Sergio CARRERA and Leonhard DEN HERTOOG, «A EBCG. What's in a name?», *CEPS Papers in Liberty and Security*, n.º 99/2016 (March), p. 12. Disponible en: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-border-and-coast-guard-whats-name/> [Consultado por última vez el 13/08/2020].

<sup>1372</sup> Por ejemplo, la Agencia Europea del Medio Ambiente, según ORTEGA BERNARDO, también «puede ser caracterizada como una organización del Derecho europeo que sirve para garantizar el adecuado cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros, no solo en cuanto al cumplimiento del contenido en la ejecución del mismo, sino también con respecto a su eficacia», Julia ORTEGA BERNARDO, «Elementos de la unión administrativa europea en materia de protección del medio ambiente: la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Red Europea de Información Ambiental», en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (Coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 203.

<sup>1373</sup> Para autores como FUENTETAJA «la mera creación de una agencia, con independencia de las potestades que se le atribuyan, constituye por sí un hito orgánico para asegurar la ejecución uniforme y eficaz del Derecho Europeo», Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., pp. 304 y 305.

<sup>1374</sup> *Ibidem* p. 301.

<sup>1375</sup> *Ibidem*, p. 305.



juridificado de potestades supervisoras que, en condiciones normales, deberían recaer sobre la Comisión<sup>1376</sup>. La descentralización de dichas potestades ha provocado la proliferación de distintas modalidades y medios de supervisión en los ámbitos sectoriales en los que se han creado agencias.

### 1.3.2 El ejercicio de la potestad de supervisión por parte de la Comisión y la Agencia GEFC en materia de control fronterizo

De conformidad con el artículo 70 TFUE, el Consejo aprobó el Reglamento (UE) n.º 1053/2013 del Consejo de 7 de octubre de 2013 por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo Schengen (en adelante, Reglamento Evaluación Schengen). El Reglamento Evaluación Schengen revisa y deroga la Decisión de 16 de septiembre de 1998, fruto de la cooperación intergubernamental en el marco de Schengen<sup>1377</sup>. A través de esta Decisión se había creado una Comisión Permanente de evaluación y aplicación del acervo Schengen. Dicha Comisión había recibido un doble mandato: en primer lugar, determinar si se habían cumplido todas las condiciones previas para la eliminación de los controles fronterizos en las fronteras interiores con los Estados candidatos a participar en el Espacio Schengen; en segundo lugar, garantizar que el acervo Schengen se implementase adecuadamente por los Estados que ya lo aplicaban en su totalidad (Considerando 2 Reglamento Evaluación Schengen).

Como declara la exposición de motivos del propio Reglamento Evaluación Schengen, «Dada la necesidad de garantizar unos criterios rigurosos y uniformes en la aplicación práctica del acervo Schengen y de preservar un nivel elevado de confianza mutua entre aquellos Estados miembros que forman parte de un espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores, es preciso disponer de un mecanismo específico de evaluación y seguimiento que permita verificar la aplicación de dicho acervo. Tal mecanismo debe basarse en una estrecha cooperación entre la Comisión y esos Estados miembros». La cooperación Comisión-Estados miembros marca el cambio de tendencia de la anterior Decisión al nuevo Reglamento. Mientras que en un primer momento el control del mecanismo de evaluación estaba en manos de los Estados miembros, con la

---

<sup>1376</sup> De acuerdo con la jurisprudencia relativa a los límites de las potestades que se pueden atribuir a las agencias europeas, iniciada en la STJCE de 13 de junio de 1958, *Meroni*, as. 9/56, este desposeimiento tiene como límite que dichas potestades sean susceptibles de riguroso control judicial y que no impliquen decisiones discrecionales (*Vid.* Capítulo II).

<sup>1377</sup> Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 (2) [SCH/Com-ex (98) 26 def.].

nueva regulación la Comisión comparte con ellos la responsabilidad de la aplicación del citado mecanismo. Esta potenciación del papel de la Comisión en detrimento del poder de los Estados miembros refleja, de nuevo, la marcada tendencia hacia la comunitarización en el ámbito del control de las fronteras.

Dado que los pormenores del Reglamento Evaluación Schengen serán objeto de un análisis en profundidad en epígrafes posteriores, baste ahora con destacar que el objeto del mismo es, en lo que interesa a este trabajo, «verificar la aplicación del acervo de Schengen en los Estados miembros a los que se aplica en su totalidad y en los Estados miembros a los que se aplica parcialmente, en virtud de los respectivos Protocolos anexos al TUE y al TFUE» [artículo 1.1.b) Reglamento Evaluación Schengen]. Para ello, la Comisión se encarga de evaluar distintos aspectos del acervo Schengen mediante cuestionarios o visitas *in situ* a los Estados que forman parte del Espacio Schengen. Concretamente, «Por lo que respecta a la cuestión de las fronteras, el mecanismo de evaluación y seguimiento [comprueba] la eficiencia de los controles fronterizos en las fronteras exteriores (...)» [Considerando 13 Reglamento Evaluación Schengen].

En lo que atañe al ejercicio de la potestad de supervisión por parte de la Agencia GEFC, el Reglamento GEFC 2016 dotó a esta última de dos nuevas funciones en este ámbito: realizar evaluaciones de vulnerabilidad, incluida la evaluación de la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores [actual artículo 10.1.c) Reglamento GEFC 2019] y supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace de la Agencia en los Estados miembros [actual artículo 10.1.d) Reglamento GEFC]. A estas últimas debe unirse la tradicional función de la Agencia, contemplada desde el Reglamento FRONTEX 2004, de «supervisar los flujos migratorios y realizar análisis de riesgos que abarquen todos los aspectos de la gestión integrada de las fronteras» [actual artículo 10.1.a) Reglamento GEFC 2019]<sup>1378</sup>. Todas ellas serán analizadas pormenorizadamente en epígrafes sucesivos de este Capítulo.

### 1.3.3 El ejercicio de la potestad de reacción por parte del Consejo y la Agencia GEFC frente a incumplimientos y deficiencias en materia de control fronterizo

---

<sup>1378</sup> Resumidamente, el Considerando 42 Reglamento GEFC establece que «En aras de una responsabilidad compartida, la función de la Agencia debe consistir en realizar un seguimiento regular de la gestión de las fronteras exteriores, (...). La Agencia debe garantizar un seguimiento adecuado y efectivo no solo a través del conocimiento de la situación y el análisis de riesgos, sino también mediante la presencia en los Estados miembros de expertos de su propio personal».

De conformidad con el análisis realizado en los epígrafes previos, correspondería a la Comisión, tras llevar a cabo las evaluaciones correspondientes de conformidad con el Reglamento Evaluación Schengen, adoptar también las medidas correctoras necesarias para garantizar el cumplimiento del acervo Schengen en los Estados miembros. Así se deduciría, *a priori*, del artículo 70 TFUE en consonancia con la regla general establecida en el artículo 290.2 TFUE. Según este último, «Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, estos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados (...), al Consejo». Sin embargo, en el ámbito objeto de estudio el legislador interpreta que «para que el mecanismo de evaluación sea más eficiente [...], algunas competencias de ejecución deben conferirse a la Comisión y otras al Consejo» [Considerando 9 Reglamento Evaluación Schengen]. Pues bien, son concretamente las potestades de reacción previstas por el Reglamento Evaluación Schengen las que han sido atribuidas al Consejo, produciéndose uno de esos casos excepcionales en los que las competencias de ejecución no son ejercidas por la Comisión. Así se explicita en el propio Reglamento Evaluación Schengen, según el cual «Con el fin de fortalecer la confianza mutua entre los Estados miembros, conseguir coordinarlos mejor a escala de la Unión y reforzar la presión mutua entre ellos, deben conferirse al Consejo competencias de ejecución para adoptar las recomendaciones de medidas correctoras orientadas a subsanar cualquier deficiencia detectada en las conclusiones del informe de evaluación (...)» [Considerando 11 Reglamento Evaluación Schengen]<sup>1379</sup>.

Normalmente, cuando el Consejo sustituye a la Comisión en el ejercicio de potestades ejecutivas ello se debe a la especial sensibilidad de la materia en cuestión para la soberanía de los Estados miembros. En este caso, a nuestro entender, la sustitución estaría justificada por la ya mencionada vinculación entre el control fronterizo y el mantenimiento del orden público y la seguridad interior de los Estados miembros, cuestiones tradicionalmente vinculadas al «núcleo duro» de la soberanía de los Estados. Así lo confirma el propio Reglamento cuando dispone que «(...) al conferirse dichas

---

<sup>1379</sup> Y continúa el Considerando afirmando que «Esas competencias de ejecución reflejan las competencias específicas atribuidas al Consejo por el artículo 70 del TFUE, en el ámbito de la evaluación mutua de la aplicación de las políticas de la Unión dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Reflejan de forma adecuada la finalidad de un mecanismo de evaluación basado en esta ley especial, que, dentro de este ámbito particular, y en paralelo con la competencia general de la Comisión para supervisar la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante procedimientos de infracción, sirve para cumplir una función complementaria de seguimiento de la efectividad de la aplicación práctica de las políticas de la Unión, mediante revisión mutua».

competencias de ejecución al Consejo, se tiene debidamente en cuenta el posible carácter políticamente delicado de las recomendaciones, que a menudo afectan a competencias nacionales ejecutivas y coercitivas» [Considerando 11 Reglamento Evaluación Schengen]. Como se comprobará con posterioridad, generalmente el Consejo ejercerá las competencias de ejecución en relación con las medidas correctoras por medio de recomendaciones y, excepcionalmente (como mecanismo de *ultima ratio*), a través de decisiones.

De la misma forma que en la fase de supervisión la Agencia GEFC convive con la Comisión, en la fase de reacción aquella comparte su protagonismo con el Consejo. Como se ha señalado previamente, con el Reglamento GEFC 2016 el legislador de la Unión atribuyó a la Agencia GEFC todas aquellas potestades operativas que eran necesarias para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Ello supuso, no solo la atribución de potestades de supervisión, sino también la previsión de la posibilidad de que, en el caso de que se detectaran incumplimientos o deficiencias, la Agencia GEFC pudiera adoptar medidas correctivas dirigidas a los Estados evaluados. Al igual que el Consejo, con carácter general la Agencia GEFC sugiere determinadas medidas a los Estados miembros ante las deficiencias e incumplimientos detectados en fase de supervisión (en este caso, a través de los análisis de vulnerabilidad). Excepcionalmente, en caso de que no se sigan las citadas medidas por parte de los Estados miembros requeridos, la Agencia GEFC puede imponerlas por medio de decisiones vinculantes de su consejo de administración.

De todo lo anterior se deriva que existen dos niveles de respuesta ante deficiencias detectadas como consecuencia de la aplicación de mecanismos de supervisión en materia de control fronterizo: recomendaciones y decisiones vinculantes de la Agencia GEFC, dirigidas a los Estados miembros como consecuencia de los análisis de vulnerabilidad, y recomendaciones y decisiones del Consejo, fruto de las deficiencias detectadas a raíz del Mecanismo de Evaluación Schengen. En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de los medios de reacción escogidos por el legislador de la Unión, frente las clásicas formas de compulsión o coerción, demuestra que se ha tratado de adoptar una postura conciliadora para tratar de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Pese a ello, el hecho de que exista una Administración, que impone deberes concretos e individualizados a otra

Administración, que debe obedecer, denota la fuerte apuesta de los Estados miembros por compartir su soberanía en el seno de la Unión Europea en este ámbito<sup>1380</sup>.

Entendemos que la naturaleza de las potestades de reacción no es, desde el punto de vista jurídico, equiparable a la de las potestades de supervisión, ni desde la perspectiva del sujeto activo (Instituciones de la Unión) ni desde la del sujeto pasivo (Administraciones de los Estados miembros). Como se podrá comprobar con posterioridad, en el caso del sujeto activo, las potestades necesarias para adoptar medidas de reacción son más intensas y más invasivas que las que se precisan en la fase de supervisión. En este sentido, no es lo mismo adoptar una decisión vinculante exigiendo a un Estado que incremente sus recursos técnicos en una determinada sección de frontera que remitirle un requerimiento de información. De la misma manera, en el caso del sujeto pasivo, su autonomía procedimental para ejecutar el Derecho de la Unión no se ve igual de afectada cuando se ve obligado a ejecutar determinadas medidas impuestas en una decisión vinculante que cuando se ve obligado a remitir una concreta información a la Agencia GEFC o al Consejo.

## **2. EL PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE POTESTADES SUPERVISORAS: LA OBLIGACIÓN DE INTERCAMBIAR INFORMACIÓN**

### **2.1 Bases jurídicas y mecanismos para recabar información a disposición de la Agencia GEFC**

Como hemos destacado anteriormente, con la finalidad de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, la intervención de la Agencia GEFC en la ejecución del acervo de la Unión en materia de control fronterizo por parte de los Estados miembros se produce en dos fases: supervisión y, en su caso, reacción. Pues bien, entendemos que la base sobre la que se cimienta la actividad de supervisión de la Agencia GEFC, en tanto que conjunto de actuaciones tendentes a la verificación de determinadas condiciones para la consecución de un determinado interés, es el intercambio coordinado de información con los Estados miembros en materia de gestión fronteriza<sup>1381</sup>. Por ello, coincidimos con

---

<sup>1380</sup> RUFFERT analiza este tipo de relaciones entre Unión Europea y Estados miembros en términos de jerarquía [Matthias RUFFERT, «De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea», en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (Coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 99]. Sobre el tipo de relación Estados miembros- Unión Europea en el ámbito de la gestión integrada de las fronteras exteriores profundizaremos con posterioridad.

<sup>1381</sup> La obligación de intercambiar información rige tanto en las relaciones ascendentes como en las relaciones descendentes entre la Agencia GEFC y los Estados miembros, lo que cambia es su finalidad.

PAREJO ALFONSO en que el presupuesto de la eficacia de la supervisión es «la disposición de suficiente y pertinente información, su sistematización, valoración y procesamiento»<sup>1382</sup>. En el mismo sentido, ORTEGA BERNARDO destaca la importancia de la transmisión de información en sentido ascendente (Estados miembros – Unión Europea) para controlar la ejecución del Derecho de la Unión. Según la autora, «el flujo informativo hace posible verificar un control en la aplicación del Derecho comunitario administrativo y del Derecho nacional ya afectado por el Derecho comunitario en cada Estado miembro»<sup>1383</sup>.

Dado que la Agencia GEFC no cuenta con un reconocimiento explícito en el TFUE, no tiene atribuida una competencia específica para recabar información de los Estados miembros<sup>1384</sup>. Sin embargo, puede considerarse que el título habilitante para ello es el deber de cooperación leal establecido en el artículo 4.3 TUE. Conforme a este precepto «la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados». Puesto que una de las misiones establecidas en el TFUE es «instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores» [artículo 77.1.c) TFUE], debe entenderse que los Estados deberán asistir a la Unión Europea en todas las actuaciones tendentes a la instauración de dicho sistema. Parece que difícilmente se materializará dicho objetivo si no existe un actor encargado de supervisar la efectiva aplicación del Derecho de la Unión en este ámbito y unos Estados miembros dispuestos rendir cuentas sobre dicha aplicación<sup>1385</sup>.

---

Mientras que en las relaciones descendentes (coordinación) se produce el intercambio de información con la finalidad de que la Agencia GEFC pueda poner a disposición de los Estados miembros información recopilada, sistematizada y tratada que les facilite la gestión de sus fronteras exteriores, en las relaciones ascendentes (supervisión) dicha información se emplea como elemento de evaluación de la capacidad de los Estados miembros para llevar a cabo una gestión eficaz de sus fronteras exteriores.

<sup>1382</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, cit., p. 250.

<sup>1383</sup> Julia ORTEGA BERNARDO, «Elementos de la unión administrativa europea en materia de protección del medio ambiente: la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Red Europea de Información Ambiental», cit., p. 202. En el mismo sentido, Herwig C. H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 417.

<sup>1384</sup> En este sentido, cabe destacar que el TFUE sí que atribuye específicamente a la Comisión competencias para recabar información en distintos ámbitos sectoriales. Al respecto cabe citar el artículo 337 TFUE, en virtud del cual «Para la realización de las funciones que le son atribuidas, la Comisión podrá recabar todo tipo de informaciones y proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijados por el Consejo, por mayoría simple, de conformidad con las disposiciones de los Tratados».

<sup>1385</sup> Como apuntan HOFMANN, ROWE y TÜRK, las cláusulas de asistencia mutua operan frecuentemente en áreas donde los Estados miembros disfrutan de un mayor grado de autonomía en cuanto a la regulación de sus procedimientos específicos, como ocurre en el ámbito del control fronterizo y, más concretamente, de la vigilancia fronteriza, Herwig C.H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 415.

La política de control de fronteras es uno de esos ámbitos donde el principio de cooperación leal se ha plasmado en la regulación sectorial vigente. En concreto, el artículo 11 Reglamento GEFC 2019 dispone que «las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras, (...) estarán sujetas a la obligación de cooperar de buena fe y de intercambiar información». Por su parte, el artículo 12 Reglamento GEFC 2019 (titulado expresivamente «Obligación de intercambiar información») establece que «para llevar a cabo las labores que les confiere el presente Reglamento, la Agencia [y] las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras (...) compartirán de manera puntual y precisa (...) toda la información necesaria» (apartado 1). De hecho, se habilita a la Agencia GEFC para adoptar «todas las medidas adecuadas para facilitar el intercambio de información pertinente para el desempeño de sus funciones con la Comisión y los Estados miembros» (apartado 2). Precisamente, con la finalidad de desempeñar sus funciones consistentes en realizar «análisis de riesgos» y «evaluaciones de vulnerabilidad», el Reglamento GEFC 2019 ha previsto, esencialmente, tres formas de recabar información por parte de la Agencia GEFC: a través de la red de intercambio de información EUROSUR, mediante requerimientos de información *ad hoc* a los Estados miembros y a través del despliegue de sus funcionarios de enlace en el territorio de los Estados miembros.

Antes de proceder al análisis de EUROSUR, conviene destacar su principal diferencia con las otras dos vías citadas de obtención de información a disposición de la Agencia GEFC: EUROSUR, en tanto red de información, se articula jurídicamente imponiendo obligaciones de intercambio tanto a la Agencia GEFC como a los Estados miembros (existiendo, por tanto, una relación de reciprocidad), mientras que el requerimiento *ad hoc* de información por parte de la Agencia GEFC y el despliegue de sus funcionarios de enlace en el territorio de los Estados miembros se cimientan sobre las potestades supervisoras de la Agencia GEFC (siendo siempre esta última, en exclusiva, el sujeto requirente).

En realidad, EUROSUR no nació como un instrumento al servicio de la Agencia GEFC para evaluar la capacidad de los Estados miembros para gestionar sus fronteras; simplemente, lo utiliza para ello. Su finalidad es, más bien, «mejorar la capacidad analítica de la situación, así como la capacidad de reacción y respuesta, facilitando el despliegue de medios necesarios de forma más rápida *in situ* y reforzar la cooperación

entre los Estados miembros»<sup>1386</sup>. Por el contrario, el requerimiento de información y el despliegue de funcionarios de enlace sí que se orientan, por su propia naturaleza, a una evaluación de vulnerabilidad posterior. Podría decirse pues que, mientras la primera es una vía indirecta de recopilación de información, la segunda y la tercera son fruto de las concretas potestades atribuidas a la Agencia GEFC para supervisar a los Estados miembros, motivo por el cual estas dos últimas se analizarán separadamente en el epígrafe tercero de este Capítulo.

## 2.2 EUROSUR como fuente de información de la Agencia GEFC

EUROSUR fue creado mediante el Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR) [en adelante, Reglamento EUROSUR] con la finalidad de reforzar el intercambio de información y la cooperación operativa entre las autoridades nacionales de los Estados miembros, y entre estas y la Agencia GEFC. Tomando como base competencial, una vez más, el artículo 77.2.d) TFUE (establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores), su objetivo esencial era «proporcionar a dichas autoridades y a la Agencia las infraestructuras y herramientas necesarias para mejorar su conocimiento de la situación y su capacidad de reacción en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión con el fin de permitirles detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza, y contribuir a asegurar la protección y salvamento de las vidas de los inmigrantes» [Considerando 1 Reglamento EUROSUR]. Atendiendo a estos fines y a su coincidencia parcial con los de la Agencia GEFC, tras seis años de regulación paralela, el Reglamento GEFC 2019 fusionó la regulación relativa a EUROSUR y la regulación relativa a la Guardia Europea de Fronteras y Costas en un solo Reglamento.

A los efectos de este estudio, los elementos de EUROSUR que merecen una especial atención son (a) los centros nacionales de coordinación, (b) los mapas de situación nacionales y (c) el mapa de situación europeo.

a) Respecto a los primeros, cada Estado miembro está obligado a designar, gestionar y mantener un centro nacional de coordinación que se encargue de la gestión e

---

<sup>1386</sup> Juan SANTOS VARA, «Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosir)», *Ars Iuris Salmanticensis (AIS) Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, n.º 1, 2014, p. 290.



intercambio de información entre todas las autoridades que tengan responsabilidades de control de las fronteras exteriores en el ámbito nacional, así como con los demás centros nacionales de coordinación y la Agencia (artículo 21 Reglamento GEFC 2019)<sup>1387</sup>. Por lo tanto, los centros nacionales de coordinación son los puntos de contacto con las autoridades de otros Estados miembros y con la Agencia GEFC. Su labor fundamental es proporcionar a la Agencia, a través de una red de comunicación habilitada específicamente para ello, información basada en sus mapas de situación nacionales para la creación y mantenimiento de un mapa de situación europeo<sup>1388</sup>.

b) Los mapas de situación nacionales contienen información relativa a incidentes, operaciones y análisis en materia de vigilancia fronteriza. En su primer apartado se incluyen hechos relacionados con los cruces no autorizados de las fronteras y delincuencia transfronteriza, así como información sobre movimientos secundarios no autorizados, con el fin de comprender las tendencias los volúmenes y las rutas migratorias; su segundo apartado contiene información sobre las operaciones de vigilancia, incluido el plan de despliegue, las zonas de operaciones y la posición, la hora, el estado y el tipo de medios que participen; por último, el apartado relativo a análisis contiene información analizada relativa a imágenes, datos geográficos e indicadores clave.

c) Como sintetiza VALERO, mientras los Estados miembros se ocupan de elaborar la imagen situacional nacional, la Agencia GEFC se encarga de agregar estas últimas para crear la imagen situacional europea<sup>1389</sup>. La importancia de los mapas de situación radica

---

<sup>1387</sup> Como se reflejó en el Capítulo II, en el caso de España, a propuesta de los Ministros de Defensa e Interior, se aprobó la ORDEN PRE/2523/2008, de 4 de septiembre, por la que se crean los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras (Orden CECORVIGMAR). Esta orden creó los Centros de la Guardia Civil para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras como órganos de asesoramiento y coordinación para la vigilancia fronteriza en el ámbito marítimo (apartado primero de la Orden CECORVIGMAR). De entre dichos Centros, el ubicado en la Sala de Operaciones de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil en Madrid, es el que asume el rol de centro nacional de coordinación para EUROSUR.

<sup>1388</sup> A eso es a lo que se refiere el artículo 14 Reglamento GEFC 2019 cuando dispone que «La Agencia establecerá y mantendrá una red de comunicación para proporcionar comunicaciones y herramientas analíticas y permitir el intercambio de información sensible no clasificada y de información clasificada de forma segura y en tiempo cuasirreal con y entre los centros nacionales de coordinación».

<sup>1389</sup> Jorge VALERO, «Eurosir, un paso europeo para el gran desafío migratorio», *Escritura pública*, n.º 87, 2014, p. 45 [Disponible en: [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DLFE-124320.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-124320.pdf) (Consultado por última vez el 13/08/2020)]. En el caso de España, la principal fuente de información en materia de vigilancia es el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), compuesto por sensores fijos y móviles, patrullas de vigilancia de fronteras y centros de coordinación regional, entre otros elementos (vid. Capítulo II). Por su parte, para la elaboración del mapa de situación europeo, la Agencia emplea la

en que son uno de los principales elementos que la Agencia GEFC tiene en cuenta para realizar análisis de riesgos, los cuales se emplearán posteriormente para las evaluaciones de vulnerabilidad que servirán de fundamento para poner en marcha mecanismos de reacción por parte de la Agencia GEFC en casos de incumplimientos o deficiencias detectadas en los Estados miembros.

### **3. LAS FUNCIONES SUPERVISORAS ATRIBUIDAS A LA AGENCIA GEFC PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE CONTROL FRONTERIZO**

Como hemos destacado anteriormente, con la finalidad de verificar el cumplimiento del acervo de la Unión en materia de control fronterizo por parte de los Estados miembros, el Reglamento GEFC 2016 dotó a la Agencia GEFC de dos nuevas funciones: en primer lugar, realizar evaluaciones de vulnerabilidad, incluida la evaluación de la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores y, en segundo lugar, supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace de la Agencia en los Estados miembros. Estas últimas se unieron a la tradicional potestad de la Agencia para la realización de análisis de riesgos (prevista desde el Reglamento FRONTEX 2004) constituyendo un práctico «paquete» de potestades para tratar de garantizar el adecuado funcionamiento del Espacio Schengen. Estas tres funciones serán analizadas a continuación.

#### **3.1 Supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace desplegados en los Estados miembros**

De conformidad con el artículo 10.1.e) Reglamento GEFC 2019 («Tareas de la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas»), corresponde a la Agencia GEFC «supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace de la Agencia en los Estados miembros».

A los efectos de este estudio, y de acuerdo con el artículo 31.3 Reglamento GEFC 2019, las funciones más destacadas de este personal estatutario de la Agencia GEFC desplegado en los Estados miembros son:

---

información suministrada por los centros nacionales de coordinación, sus funcionarios de enlace, otros órganos y organismos de la Unión y autoridades de terceros países, entre otras.

«(...) b) apoyar la recogida de la información que requiere la Agencia para supervisar la inmigración ilegal y los análisis de riesgos mencionados en el artículo 29;

c) apoyar la recogida de la información a la que se hace referencia en el artículo 32 y que precisa la Agencia para llevar a cabo la evaluación de la vulnerabilidad, y preparar un informe a tal efecto; (...)

i) informar periódica y directamente al director ejecutivo sobre la situación en las fronteras exteriores y sobre la capacidad del Estado miembro de que se trate para gestionar de manera efectiva la situación en dichas fronteras (...).

Para el adecuado desempeño de sus funciones, se contempla que los funcionarios de enlace reciban información del centro nacional de coordinación en el que estén desplegados, así como del mapa de situación nacional correspondiente, y que mantengan contactos regulares con las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras [artículos 31.5.a) y b) Reglamento GEFC 2019]. Mientras que las dos primeras funciones citadas [letras b) y c) del artículo 31.3 Reglamento GEFC] pueden considerarse un presupuesto necesario para el desempeño de las potestades supervisoras de la Agencia GEFC que se verán con posterioridad, de la misma forma que lo es EUROSUR (epígrafe 2.1 de este Capítulo), la tercera [letra i) del apartado tercero del artículo 31] tiene una sustantividad propia y esencial en el contexto de este epígrafe.

Con carácter general, para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión en los casos de ejecución indirecta es necesario que se produzcan dos tipos de controles. En primer lugar, las Administraciones de los Estados miembros deben supervisar el cumplimiento del Derecho de la Unión por parte de los administrados (control *ad extra*) y, en segundo lugar, el ejecutivo de la Unión (Comisión, Consejo o agencias) debe evaluar, a su vez, la supervisión que los Estados miembros realizan sobre los administrados (control *ad intra*)<sup>1390</sup>. En este segundo caso nos encontraríamos, como apuntan HOFMANN, ROWE y TÜRK, ante «un control sobre el control», lo cual representa

---

<sup>1390</sup> Concretamente, MORENO MOLINA sostiene que «la aplicación del Derecho comunitario (...) materializada en actividad formalizada o jurídica, es susceptible de varios controles, (...) en los que es posible distinguir, a los meros efectos sistemáticos, entre el control “externo” o ejercido por las instituciones comunitarias (principalmente la Comisión y el TJCE) y el “interno” o realizado por los órganos e instituciones españolas, entre los que podemos diferenciar a su vez entre el control ejercido por la propia Administración pública y el acometido por los órganos jurisdiccionales españoles», Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución del derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 248.

una de las formas más intensas de supervisión entre Administraciones públicas<sup>1391</sup>. A su vez, el control *ad intra* se puede manifestar de diferentes formas, dependiendo del grado de injerencia de las Instituciones de la Unión sobre las Administraciones de los Estados miembros: se pueden imponer obligaciones a los Estados miembros de remitir información (epígrafe 2.1 de este Capítulo), realizar seguimientos de la aplicación nacional del Derecho de la Unión en el territorio de los Estados miembros, etc.

De acuerdo con la función asignada en la letra i) del artículo 31.3 Reglamento GEFC 2019, antes transcrito, los funcionarios de enlace son los representantes de la Agencia GEFC en el territorio de los Estados miembros: sus ojos y sus oídos, si se permite la expresión. Son, en definitiva, el medio esencial a disposición de aquella para verificar si el Derecho de la Unión está siendo en realidad correctamente aplicado y para dar cuenta de los problemas que ha resuelto o creado su aplicación en la práctica<sup>1392</sup>. Son, hasta cierto punto, funcionalmente equivalentes a los inspectores de la Comisión que, de conformidad con determinadas regulaciones sectoriales, se encargan de verificar la correcta aplicación del Derecho de la Unión mediante la realización de inspecciones en el territorio de los Estados miembros<sup>1393</sup>. No obstante, es necesario destacar la existencia de ciertas diferencias entre ambas figuras (inspectores de la Comisión y funcionarios de enlace de la Agencia GEFC). En determinados ámbitos sectoriales se prevé que los inspectores de la Comisión puedan acompañar a los inspectores nacionales mientras desempeñan sus funciones supervisoras o incluso que sean ellos mismos los que inspeccionen a los administrados (control *ad extra*)<sup>1394</sup>. Ello implica una injerencia tal de la Unión Europea en la ejecución del Derecho de la Unión que la Comisión mantiene relaciones directas con los administrados a nivel nacional. Este no es el caso de los funcionarios de enlace

---

<sup>1391</sup> Herwig C. H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 430.

<sup>1392</sup> Así, lo expresa, para el ámbito medioambiental, Julia ORTEGA BERNARDO, «Elementos de la unión administrativa europea en materia de protección del medio ambiente: la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Red Europea de Información Ambiental», cit., p. 202.

<sup>1393</sup> Como ejemplo se puede citar el Reglamento (CE) n.º 324/2008 de la Comisión de 9 de abril de 2008 por el que se fijan los procedimientos revisados para las inspecciones de la Comisión en el ámbito de la protección marítima. Según su Considerando 1 «La organización de inspecciones bajo supervisión de la Comisión es necesaria para comprobar la eficacia de los sistemas de control de calidad y las medidas, procedimientos y estructuras de protección marítima nacionales», establecidos en el Reglamento (CE) n.º 725/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativo a la mejora de la protección de los buques y las instalaciones portuarias.

<sup>1394</sup> Continuando con el ejemplo anterior, las inspecciones de la Comisión incluirán, por ejemplo, los buques que se encuentren en las instalaciones portuarias [artículo 2.a) Reglamento 324/2008]. De lo anterior se deriva que la Comisión comprueba la aplicación del Derecho de la Unión por parte de las Administraciones nacionales inspeccionando directamente a los ciudadanos.

de la Agencia GEFC. Aunque estos últimos interactúen con las Administraciones nacionales, mantengan contactos regulares con funcionarios nacionales y tengan acceso directo a determinadas fuentes de información, no intervienen en las relaciones Administración nacional-administrados como en ocasiones hacen los inspectores de la Comisión. Los funcionarios de enlace de la Agencia GEFC se limitan a verificar la capacidad del Estado miembro para gestionar de manera efectiva la situación en sus fronteras exteriores mediante la supervisión de sus medios, recursos, capacidades y procedimientos. Como sabemos, esta modalidad de actuación es la propia de una política en la que se han reservado las potestades ejecutivas de naturaleza material en materia de control fronterizo por su vinculación con el orden público y la seguridad interior.

En definitiva, los funcionarios de enlace, sin ser equiparables a los inspectores de la Comisión, colaboran igualmente en la supervisión de la aplicación del Derecho de la Unión mediante un seguimiento u observación presencial. Es una forma de supervisión más intensa que las meras obligaciones de remitir información a las Instituciones de la Unión pero, por lo general, menos incisiva que las inspecciones llevadas a cabo por la Comisión en otros sectores.

### 3.2 Supervisar los flujos migratorios y realizar análisis de riesgos que abarquen todos los aspectos de la gestión integrada de las fronteras

De conformidad con el artículo 10.1.a) Reglamento GEFC 2019 también corresponde a la Agencia GEFC «supervisar los flujos migratorios y realizar análisis de riesgos que abarquen todos los aspectos de la gestión integrada de las fronteras». Más concretamente, el artículo 29 Reglamento GEFC 2019 dispone que la Agencia GEFC supervisará los flujos migratorios hacia y dentro de la Unión en términos de «tendencias, volúmenes y rutas migratorias, y otras tendencias o posibles retos en las fronteras exteriores (...) mediante (...) un modelo común de análisis de riesgos»<sup>1395</sup>.

La realización de análisis de riesgos es una función que el legislador de la Unión atribuyó a la Agencia desde su mismo nacimiento<sup>1396</sup>, sin embargo, se trata de una función

---

<sup>1395</sup> En cuanto a la periodicidad, la Agencia GEFC realizará análisis de riesgos anuales generales (que presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión) y análisis de riesgos específicos para las actividades operativas. Adicionalmente, cada dos años, la Agencia preparará y presentará a las Instituciones citadas un análisis estratégico de riesgos para la gestión europea integrada de las fronteras (artículo 29.2 Reglamento GEFC 2019). Una vez concluidos, los resultados del análisis de riesgos se remiten igualmente al consejo de administración y se comparten con las autoridades competentes de los Estados miembros «de forma puntual y precisa» (artículo 29.6 Reglamento GEFC 2019).

<sup>1396</sup> Artículo 2.1 Reglamento FRONTEX 2004: «La Agencia ejercerá las siguientes funciones:

de naturaleza ambivalente, es decir, dependiendo de la potestad de la Agencia GEFC a la que esté subordinada (planificación, coordinación o evaluación), aquella se modula u orienta de manera diversa.

Hasta el año 2004, la realización de análisis de riesgos era una función consistente en el tratamiento y análisis agregado de datos proporcionados previamente por los Estados miembros, cuyos resultados se ponían a disposición de estos últimos para facilitar la gestión de sus fronteras exteriores. Es decir, en este escenario originario, en el que la principal potestad con que contaba la Agencia GEFC era su potestad de coordinación, los análisis de riesgos se ponían exclusivamente al servicio de los Estados miembros (funcionalidad que persiste actualmente en el artículo 29.3 Reglamento GEFC 2019 con la finalidad de «establecer un mecanismo de advertencia previa»). Sin embargo, desde la atribución de potestades de supervisión a la Agencia en el Reglamento GEFC 2016, los análisis de riesgos pasaron también a emplearse para la realización de evaluaciones de vulnerabilidad<sup>1397</sup>. Como se verá con posterioridad, estas tienen por objeto «evaluar la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a los retos actuales o venideros en las fronteras exteriores, identificar (...) las posibles consecuencias inmediatas en las fronteras exteriores y las futuras repercusiones para el funcionamiento del Espacio Schengen (...)» (artículo 32.4 Reglamento GEFC 2019). Este es un claro ejemplo de transformación de la relación inicialmente descendente entre la Agencia GEFC y los Estados miembros en una de carácter ascendente. Por ello es importante destacar la obligación que tienen estos últimos de facilitar a la Agencia GEFC, periódicamente o a petición de esta última, toda la información necesaria sobre la situación, las tendencias, las posibles amenazas en las fronteras exteriores y demás datos obligatorios que es necesario intercambiar de conformidad con el artículo 100.2.e) Reglamento GEFC 2019<sup>1398</sup>. Como veníamos afirmando, la remisión de información

---

a) coordinar la cooperación operativa entre los Estados miembros en materia de gestión de las fronteras exteriores;

b) asistir a los Estados miembros en la formación de los agentes de la guardia nacional de fronteras y establecer normas comunes de formación;

c) *realizar análisis de riesgos (...)*»

<sup>1397</sup> De conformidad con el artículo 32.3 Reglamento GEFC 2019, la Agencia GEFC llevará a cabo dicha evaluación de vulnerabilidad como medida preventiva «sobre la base de los análisis de riesgos elaborados de acuerdo con el artículo 29».

<sup>1398</sup> El artículo 100.2.e) Reglamento GEFC 2019 dispone, a este respecto, que «El consejo de administración (...) adoptará decisiones sobre las listas de información y los datos obligatorios que deban intercambiar con la Agencia las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras, incluidos los guardacostas en la medida en que efectúen tareas de control en las fronteras, así como las autoridades nacionales responsables de la gestión del retorno, para que la Agencia pueda desempeñar sus tareas (...)

periódica o bajo requerimiento de la Agencia GEFC por parte de los Estados miembros, junto con EUROSUR y la labor de recopilación realizada por los funcionarios de enlace, constituyen el presupuesto necesario e imprescindible para que la Agencia GEFC pueda ejercer posteriormente sus potestades supervisoras<sup>1399</sup>.

Otro aspecto que permite corroborar el carácter instrumental de los análisis de riesgos para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión es el deber que el Reglamento GEFC 2019 impone a los Estados miembros de «tener en cuenta» tales análisis «para programar sus operaciones y actividades en las fronteras exteriores» (artículo 29.7 Reglamento GEFC 2019). Nos encontramos en este supuesto ante uno de esos casos en los que el Derecho de la Unión, a través del ejercicio de sus competencias legislativas, condiciona la adopción de decisiones en el ámbito de la ejecución nacional. El artículo 29.7 Reglamento GEFC 2019 no implica la atribución de nuevas potestades ejecutivas de naturaleza operativa a la Agencia GEFC, ni siquiera es una medida de supervisión pura, pero impone un deber a los Estados miembros que ilustra «la potencial complejidad y el no siempre predecible efecto del Derecho de la Unión sobre la toma de decisiones a nivel nacional»<sup>1400</sup>. Muy probablemente, introducir un nuevo elemento en el proceso de toma de decisiones sobre la programación de las operaciones de los Estados miembros en sus fronteras exteriores condiciona el resultado final de la ejecución. De nuevo, es necesario hablar de la incuestionable tendencia hacia la comunitarización del control de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

### 3.3 Realizar evaluaciones de la vulnerabilidad, incluida la evaluación de la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores

De conformidad con el artículo 10.1.c) Reglamento GEFC 2019, finalmente, corresponde a la Agencia GEFC «realizar evaluaciones de la vulnerabilidad, incluida la evaluación de la capacidad y preparación de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y a los retos en las fronteras exteriores». De entre todas las potestades ejecutivas atribuidas a la Agencia GEFC para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, la

---

<sup>1399</sup> Artículo 31.3.b) Reglamento GEFC: «(...) Los funcionarios de enlace deberán: (...) apoyar la recogida de la información que requiere la Agencia para supervisar la inmigración ilegal y los análisis de riesgos mencionados en el artículo 29».

<sup>1400</sup> Herwig C. H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 506.

realización de evaluaciones de vulnerabilidad es la más determinante. Ello se debe, principalmente, a tres razones. En primer lugar, porque las demás potestades analizadas hasta el momento tienen una naturaleza instrumental con respecto a las evaluaciones de vulnerabilidad. Es decir, aunque los análisis de riesgos y el despliegue de funcionarios en el territorio de los Estados miembros tengan una finalidad propia e independiente, como se comprobará con posterioridad, en última instancia se ponen al servicio de las evaluaciones de vulnerabilidad, pasando a constituir piezas de un engranaje mayor. En segundo lugar, porque las evaluaciones de vulnerabilidad son la única potestad de la Agencia GEFC que, dependiendo de su resultado, permite imponer deberes a los Estados miembros en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores. Por último, como se comprobará en el último epígrafe de este Capítulo, la esencialidad de las evaluaciones de vulnerabilidad también reside en que constituyen el elemento clave que permite a la Agencia GEFC intervenir en un Estado miembro, sin que este último lo solicite, en aplicación de una decisión del Consejo. Todo ello justifica un análisis más detallado de estas evaluaciones de vulnerabilidad.

### 3.3.1 Objeto de las evaluaciones de vulnerabilidad

De conformidad con el artículo 32.4 Reglamento GEFC 2019, el objetivo de la evaluación de vulnerabilidad es que la Agencia GEFC pueda evaluar la capacidad y la preparación de los Estados miembros para hacer frente a los retos actuales y venideros en las fronteras exteriores de la Unión Europea; identificar las posibles consecuencias inmediatas en las fronteras exteriores y las futuras repercusiones para el funcionamiento del Espacio Schengen; evaluar su capacidad para contribuir al cuerpo permanente y al contingente de equipo técnico, incluido el contingente de reacción rápida, y evaluar la capacidad de los Estados miembros para acoger el apoyo de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. De esta forma, «se pretende identificar con antelación las debilidades operacionales que presentan los Estados miembros en la gestión de las fronteras y estar en condiciones de responder ante cualquier cambio rápido de las circunstancias»<sup>1401</sup>. En definitiva, se trata de evaluar con carácter prospectivo y preventivo, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, la capacidad de los Estados miembros para llevar a cabo

---

<sup>1401</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, 2018, p. 152.



todas las labores necesarias para la consecución de una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

A título comparativo, puede afirmarse que mientras los análisis de riesgos evalúan los factores externos que inciden en la gestión de las fronteras exteriores de la Unión (retos, tendencias migratorias, volúmenes, rutas etc.), la evaluación de vulnerabilidad tiene por objeto analizar las capacidades internas de los Estados miembros para hacer frente a dichos factores externos. Por ello, el análisis de riesgos es un *input* imprescindible para la realización de evaluaciones de vulnerabilidad. Si no se conocen los retos a los que se enfrentan los Estados miembros en sus fronteras exteriores, difícilmente se podrá verificar la adecuación de sus recursos humanos, técnicos y procedimentales para afrontarlos.

### 3.3.2 Procedimiento para la realización de evaluaciones de vulnerabilidad

De conformidad con el artículo 32.2 del Reglamento GEFC 2019, la Agencia GEFC llevará a cabo sus evaluaciones de vulnerabilidad «al menos una vez al año, salvo que el director ejecutivo, basándose en análisis de riesgos o en una evaluación de vulnerabilidad anterior, decida otra cosa. En cualquier caso, todos los Estados miembros serán objeto de supervisión y evaluación al menos una vez cada tres años».

Con la finalidad de planificar, homogeneizar y sistematizar las evaluaciones de vulnerabilidad, el consejo de administración de la Agencia GEFC aprobó mediante decisión una metodología común para proceduralizar su realización<sup>1402</sup>. Pese a que la mencionada decisión no es pública, una lectura conjunta del Reglamento GEFC 2019 y de otras fuentes disponibles permite esbozar las características esenciales de dicha metodología. La misma puede dividirse en cuatro fases: recopilación de datos, evaluación de datos, detección de amenazas y realización de recomendaciones.

En cuanto a la recopilación de datos, la labor requiere de la confluencia de distintas fuentes. Como ya se ha apuntado con anterioridad, una de las tareas de los funcionarios

---

<sup>1402</sup> De acuerdo con el *Informe de Misión a raíz de la misión de la Comisión LIBE a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en Varsovia (del 20 al 21 de febrero de 2017)*, la decisión del consejo de administración de la Agencia mediante la que se adoptó la metodología común fue aprobada en noviembre de 2016. No obstante, la misma no se ha hecho pública en la página web de la Agencia GEFC. Probablemente, por motivos de seguridad [Parlamento Europeo, *Informe de Misión a raíz de la misión de la Comisión LIBE a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en Varsovia (del 20 al 21 de febrero de 2017)*, 22 de marzo de 2017, p. 6. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/CR/2017/03-22/1119277ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/CR/2017/03-22/1119277ES.pdf) (Consultado por última vez el 13/08/2020)].

de enlace es «apoyar la recogida de la información a la que se hace referencia en el artículo 32 y que precisa la Agencia para llevar a cabo la evaluación de la vulnerabilidad, y preparar un informe a tal efecto» [artículo 31.3.c) Reglamento GEFC 2019]. La segunda fuente a disposición de la Agencia GEFC para recabar información relativa a la ejecución del Derecho de la Unión en las fronteras exteriores de los Estados miembros son los ya mencionados análisis de riesgos. Como acabamos de señalar, resulta imprescindible conocer los retos a los que se enfrentan los Estados miembros para evaluar y prever las capacidades necesarias para afrontarlos. Por ello, el artículo 32.2 Reglamento GRFC 2019 sitúa a los análisis de riesgos, no solo como fuente de imprescindible de información, sino como «base» sobre la que se sustentan las evaluaciones de vulnerabilidad. Por último, como medio esencial a disposición de la Agencia GEFC para recabar información, se sitúan los propios Estados miembros. De hecho, de conformidad con la obligación de intercambio de información que analizamos en el epígrafe 2 de este Capítulo, aquellos surten de datos tanto a los análisis de riesgos (para los cuales son necesarios los mapas de situación realizados por los propios Estados en el marco de EUROSUR), como a los funcionarios de enlace (para lo cual se prevé su acceso a fuentes de información nacionales y contactos regulares con las autoridades nacionales responsables de la gestión de fronteras). Además de estos suministros indirectos, los Estados miembros también están obligados a remitir directamente información específica en el marco de los procedimientos de evaluación de vulnerabilidad. Así lo dispone el artículo 32.3 Reglamento GEFC 2019, en virtud del cual «los Estados miembros, previa petición de la Agencia, facilitarán información sobre el equipamiento técnico, el personal y, en la medida de lo posible, los recursos financieros disponibles a escala nacional para llevar a cabo el control fronterizo». Las categorías enumeradas en el precepto citado constituyen el denominado «bloque de información relativo a la capacidad». Adicionalmente, los Estados miembros deben aportar información relativa a las amenazas en sus fronteras exteriores. Según el *Informe de Misión realizado a raíz de la misión de la Comisión LIBE en la Agencia GEFC*, este segundo pilar o bloque de datos recoge «los indicadores de amenazas relativos a todo aquello que afecte al Estado miembro desde el exterior, [lo cual] incluye, el número de denegaciones de entrada en la frontera, el número de documentos falsos detectados, etc.»<sup>1403</sup>. Teniendo en cuenta todo lo anterior, no es de

---

<sup>1403</sup> Puede considerarse como una amenaza, por ejemplo, que la intensidad de los controles en los aeropuertos sea inferior durante el verano debido al elevado número de turistas en un Estado miembro o una ciudad concreta.

extrañar que la recogida de los datos de los Estados miembros se haya descrito como «un reto considerable a nivel práctico», tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo<sup>1404</sup>.

Una vez recabados los datos, se procede a su análisis con la finalidad de realizar una evaluación preliminar anual para cada Estado miembro. En concreto, se llevan a cabo tres tipos de evaluaciones diferentes: evaluación de la disponibilidad, evaluación de la capacidad y evaluación de la permeabilidad<sup>1405</sup>. Una vez concluida la evaluación preliminar anual, los resultados se envían a los Estados miembros de que se trate, dándoles la posibilidad de que realicen observaciones (artículo 32.6 Reglamento GEFC 2019)<sup>1406</sup>. Posteriormente, «la situación se somete a un seguimiento permanente sobre la base de actualizaciones mensuales de los indicadores de amenazas facilitados por los Estados miembros»<sup>1407</sup>.

Los resultados de la evaluación de vulnerabilidad pueden desvelar deficiencias en la capacidad y preparación de los Estados miembros para gestionar sus fronteras exteriores o incluso incumplimientos en la ejecución del acervo de la Unión en materia de control fronterizo. Dado que ello puede afectar al funcionamiento del Espacio Schengen, «cuando sea necesario, el director ejecutivo, previa consulta al Estado miembro implicado, hará recomendaciones en las que se determinen las medidas necesarias que deberá tomar dicho Estado miembro, así como el plazo para adoptarlas» (artículo 32.7 Reglamento GEFC 2019). Este y otros mecanismos de reacción de la

---

<sup>1404</sup> De acuerdo con el *Informe de Misión a raíz de la misión de la Comisión LIBE a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas...* cit., p. 7, en cuanto al reto cuantitativo, «se han creado unos 900 campos de datos que deberán cumplimentar los Estados miembros, y que posteriormente deberán desglosarse por secciones fronterizas. En el caso de Alemania, por ejemplo, esto requiere información para unas 14.000 casillas de datos». En cuanto al reto cualitativo, es necesario tener en cuenta la importancia en la definición de los datos. Sirva como ejemplo la necesidad de contabilizar «el número de efectivos que trabajan en la gestión de las fronteras, desglosado por sección fronteriza y para todos los Estados miembros». Por esta razón, es imprescindible una cierta armonización de las definiciones.

<sup>1405</sup> *Informe de Misión a raíz de la misión de la Comisión LIBE a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas...* cit., p. 6.

<sup>1406</sup> Además de evaluaciones preliminares de vulnerabilidad, de conformidad con la metodología común aprobada, la Agencia GEFC también realiza ejercicios de simulación y evaluaciones de amenazas emergentes. Los primeros implican el planteamiento de un caso hipotético a determinados Estados miembros, evaluándose su capacidad para gestionarlo. Las segundas se plantean sobre la base de inspecciones mensuales a los indicadores pertinentes de los Estados miembros, a partir de lo cual la Agencia GEFC puede activar en cualquier momento una evaluación o simulación específica a fin de examinar las capacidades de un Estado miembro para hacer frente a nuevas amenazas emergentes.

<sup>1407</sup> *Informe de Misión a raíz de la misión de la Comisión LIBE a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas...* cit., p. 7.

Agencia GEFC ante los resultados de las evaluaciones de vulnerabilidad serán analizados con posterioridad.

### 3.3.3 Análisis comparativo entre el Mecanismo de Evaluación Schengen y la Evaluación de Vulnerabilidad

Como ya adelantamos en el epígrafe 1.3.2, en el ámbito de la gestión integrada de las fronteras exteriores se da la particularidad de que existe una dualidad de instancias supervisoras de la ejecución del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros: la Agencia GEFC y la Comisión Europea. Mientras la primera emplea para ello las recién analizadas evaluaciones de vulnerabilidad, la segunda utiliza el Mecanismo de Evaluación Schengen (en adelante, MES). Habiéndose procedido ya al análisis de las evaluaciones de vulnerabilidad, es conveniente destacar las principales diferencias entre ambos instrumentos.

En cuanto a su objeto, mientras el de las evaluaciones de vulnerabilidad es, esencialmente, evaluar la capacidad de los Estados miembros para hacer frente a los retos actuales y venideros en las fronteras exteriores, el del MES es «verificar la aplicación del acervo de Schengen en los Estados miembros (...)» (artículo 1 Reglamento Evaluación Schengen). En concreto, las evaluaciones del MES «podrán abarcar todos los aspectos del acervo de Schengen, incluida la aplicación efectiva por los Estados miembros de las medidas de acompañamiento en los ámbitos de las fronteras exteriores, la política de visados, el Sistema de Información de Schengen, la protección de datos, la cooperación policial, la cooperación judicial en materia penal y la ausencia de controles fronterizos en las fronteras interiores» (artículo 4.1 Reglamento Evaluación Schengen). De lo anterior se deduce que el objeto de análisis del MES es mucho más amplio y menos específico que el de las evaluaciones de vulnerabilidad. De hecho, podría afirmarse que el MES evalúa todos los aspectos configuradores del ELSJ (Capítulos 2 a 5 del Título V del TFUE), mientras las evaluaciones de vulnerabilidad se centran exclusivamente en las fronteras exteriores de la Unión Europea (parte del Capítulo 2 del Título V del TFUE).

En cuanto al sujeto evaluador, a diferencia de las evaluaciones de vulnerabilidad, que son llevadas a cabo por una agencia europea, en el marco del MES las evaluaciones son realizadas por un grupo formado por expertos de la Comisión y de los Estados miembros (artículo 10.1 Reglamento Evaluación Schengen). En este sentido, resulta revelador que el número máximo de representantes de la Comisión sea considerablemente

inferior al de los Estados miembros: dos frente a ocho (artículo 10.3 Reglamento Evaluación Schengen).

Siguiendo la estructura por fases empleada para el análisis de la metodología común de las evaluaciones de vulnerabilidad (recopilación de datos, análisis, resultados y reacción), cabe señalar que, en el caso del MES, el instrumento de evaluación empleado son cuestionarios y/o visitas *in situ* precedidas por un cuestionario, con o sin previo aviso (artículo 4.2 Reglamento Evaluación Schengen)<sup>1408</sup>. Tras la evaluación, los citados expertos redactan un informe de evaluación que podrá calificar la situación del Estado miembro en cuestión como «conforme», «conforme, pero necesita mejorar» o «no conforme» (artículo 14.3 Reglamento Evaluación Schengen). El proyecto de informe se remite a los Estados miembros para que, si lo consideran oportuno, presenten observaciones. Posteriormente, la Comisión adopta el informe de evaluación (mediante un acto de ejecución) sobre la base del cual presenta una propuesta de recomendaciones al Consejo dirigidas a subsanar las deficiencias encontradas. Tras su adopción, el Consejo las remite al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales (artículo 15.3 Reglamento Evaluación Schengen).

La recepción de las recomendaciones por parte de los Estados miembros, así como los posibles escenarios que se pueden plantear, serán analizados con posterioridad, junto con los mecanismos de reacción de la Agencia GEFC ante las deficiencias detectadas por las evaluaciones de vulnerabilidad. No obstante, se puede destacar ya que, en el caso de las evaluaciones de vulnerabilidad, las recomendaciones son emitidas por el director ejecutivo de la Agencia GEFC, mientras que en el MES son adoptadas por el Consejo, a propuesta de la Comisión. Quizás por ello la Comisión considera que el Mecanismo de Evaluación Schengen es de carácter político y las evaluaciones de vulnerabilidad son de

---

<sup>1408</sup> Por ejemplo, entre el 10 y el 13 de noviembre de 2015, se llevó a cabo una visita *in situ* sin previo aviso para evaluar la aplicación del acervo Schengen en materia de gestión de la frontera exterior por parte de Grecia en su frontera terrestre (Orestiada, Fylakio, Kastenies y Nea Vyssa) y marítima (islas de Quíos y Samos) con Turquía. El informe de evaluación de Schengen sobre Grecia, realizado en enero de 2016 y elaborado conjuntamente por expertos de los Estados miembros y representantes de la Comisión (Comité de Evaluación Schengen), concluyó que, pese a que las autoridades griegas se hallaban bajo presión, «no se realiza una identificación y un registro eficiente de los migrantes irregulares, que las impresiones dactilares no se introducen sistemáticamente en la base de datos y que no se comprueba sistemáticamente la autenticidad de los documentos de viaje ni se consultan las bases de datos de seguridad fundamentales, como SIS, Interpol y las bases de datos nacionales» [Comisión Europea, Comunicado de prensa de 27 de enero de 2016: *La Comisión debate el proyecto de informe de evaluación de Schengen sobre Grecia*. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-174\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-174_es.htm) (Consultado por última vez el 13/08/2020)].

carácter técnico<sup>1409</sup>. Sin embargo, coincidimos con RIJPMa en que esta interpretación supone «ignorar las consecuencias de carácter político que se pueden derivar de la evaluación de vulnerabilidad»<sup>1410</sup>. Sin ir más lejos, el propio Reglamento GEFC 2019 reconoce el «posible carácter políticamente delicado de las medidas que se vayan a adoptar [como consecuencia de evaluaciones de vulnerabilidad], que probablemente afecten a competencias ejecutivas y policiales nacionales» (Considerando 57).

Pese a sus diferencias, las similitudes en cuanto a la finalidad, el sujeto evaluado y parte de las fuentes de información empleadas por los dos instrumentos de supervisión son manifiestas. Por ello, el artículo 33.1 Reglamento GEFC 2019 establece que «Deberán aprovecharse al máximo las sinergias entre las evaluaciones de la vulnerabilidad y el mecanismo de evaluación de Schengen, a fin de establecer una mejor visión de la situación del funcionamiento del espacio Schengen, evitando, en la medida de lo posible, la duplicación de esfuerzos en los Estados miembros y garantizando un uso más coordinado de los instrumentos financieros pertinentes de la Unión que apoyan la gestión de las fronteras exteriores»<sup>1411</sup>.

#### 3.3.4 Consecuencias regladas de los resultados de las evaluaciones de vulnerabilidad: la atribución de niveles de impacto a las fronteras

Además de las recomendaciones y demás mecanismos de reacción que tiene a su disposición la Agencia GEFC para garantizar la efectividad del acervo en materia de control fronterizo, y que analizaremos en el siguiente epígrafe, los resultados de las evaluaciones de vulnerabilidad provocan una consecuencia inmediata o automática, que afecta igualmente a la ejecución nacional del Derecho de la Unión. Nos referimos a la atribución de niveles de impacto a las secciones de fronteras exteriores prevista en el artículo 34 Reglamento GEFC 2019.

De conformidad con el artículo citado, «la Agencia, sobre la base de su análisis de riesgos y de la evaluación de vulnerabilidad, y *de acuerdo con el Estado miembro interesado*, atribuirá a cada una de las secciones de fronteras exteriores (...) un nivel de

---

<sup>1409</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», cit., p.152.

<sup>1410</sup> Jorrit RIJPMa, «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», *Study of the LIBE Committee*, 2016, p. 14.

<sup>1411</sup> Para ello, «la Comisión y la Agencia establecerán las disposiciones necesarias para compartir entre sí de manera periódica, segura y puntual toda la información relativa a los resultados de las evaluaciones de la vulnerabilidad y de las realizadas en el marco del mecanismo de evaluación de Schengen en materia de gestión de las fronteras» (artículo 33.2 Reglamento GEFC 2019).

impacto». Los niveles de impacto serán bajo, medio, alto o crítico, según los incidentes relacionados con la inmigración ilegal o la delincuencia transfronteriza en la sección de frontera en cuestión tengan un impacto insignificante, moderado, significativo o decisivo en la seguridad de las fronteras, respectivamente (artículo 34.1 Reglamento GEFC 2019). La destacada necesidad de acuerdo con el Estado miembro afectado no es baladí, ya que «en el caso de que el Estado miembro afectado y la Agencia no lleguen a un acuerdo sobre la atribución de un nivel de impacto a una sección de la frontera exterior, el nivel de impacto que tenía previamente atribuido dicha sección de la frontera no se modificará» (artículo 34.3 Reglamento GEFC 2019). No obstante, esta necesidad de acuerdo, como se comprobará con posterioridad, es algo artificiosa. Lo importante no es la clasificación del nivel de impacto en las fronteras de cada Estado, sino los deberes y recomendaciones que se dirigen a estos últimos para subsanar las deficiencias detectadas y las consecuencias del incumplimiento de dichos deberes.

La atribución de niveles de impacto a las secciones de fronteras exteriores por parte de la Agencia GEFC no tiene una mera finalidad clasificatoria o, como dispone el artículo 34.5 Reglamento GEFC 2019, indicar «los niveles de impacto atribuidos a las secciones de las fronteras exteriores en el mapa de situación europeo». La consecuencia más destacable de la atribución de los niveles de impacto es la imposición, por decisión del legislador de la Unión, de una serie de deberes a los Estados miembros afectados por la clasificación. Bien es cierto que dicha imposición dista mucho de ser taxativa y clarificadora pero, en cualquier caso, es el primer paso para acotar el espacio de autonomía procedimental de los Estados miembros y aumentar el ámbito cubierto por la legislación europea, afectando irremediabilmente a la ejecución nacional.

De conformidad con el artículo 35.1 Reglamento GEFC 2019, los Estados miembros deberán cerciorarse de que el control fronterizo realizado en las secciones de las fronteras exteriores se corresponde con los niveles de impacto atribuidos. Por ello, el Reglamento asocia escalonadamente a cada nivel de impacto una serie de medidas, deberes o acciones que deben emprender los Estados miembros para adecuarse al nivel de impacto de sus fronteras. Por ejemplo, «cuando se atribuya un nivel de impacto bajo (...) las autoridades nacionales responsables (...) deberán organizar un control fronterizo periódico basado en el análisis de riesgos y garantizar que en dicha frontera se mantengan suficiente personal y recursos». En segundo lugar, «cuando se atribuya un nivel de impacto medio (...) además de las medidas indicadas en la letra a) (...) [deben adoptarse]

*medidas adecuadas* de control de las fronteras en dicha sección». En tercer lugar, «cuando se atribuya un nivel de impacto alto a una sección de la frontera exterior, el Estado miembro afectado (...) se asegurará de que, además de las medidas indicadas en la letra b) (...), se facilite a las autoridades nacionales encargadas de la sección de la frontera el apoyo necesario y se tomen *medidas de control reforzado* de las fronteras».

Como puede observarse, a medida que se incrementa el nivel de impacto de las fronteras, aumenta también la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la imposición de deberes a los Estados miembros (v.g. medidas adecuadas, medidas de control reforzado). Aunque, en principio, esto pueda parecer una ventaja para los Estados miembros y una apelación al principio de autonomía procedimental, lo cierto es que, en realidad, este tipo de ambivalencias incentiva una mayor injerencia de la Agencia GEFC en la ejecución nacional. Al fin y al cabo, no podemos olvidar que es esta última quien, como garante de la efectividad del Derecho de la Unión, verificará la idoneidad de las medidas adoptadas por los Estados miembros. Cuanto mayor sea la ambigüedad de los deberes impuestos, mayor será el margen de apreciación de la Agencia GEFC para valorar dicha idoneidad y adoptar las medidas correctivas que considere necesarias. Como veremos con posterioridad, las recomendaciones y decisiones vinculantes de la Agencia GEFC dirigidas a los Estados miembros no dependen del nivel de impacto de su frontera, sino de las deficiencias que se detecten en las evaluaciones de vulnerabilidad. Por eso adelantábamos que la necesidad de acuerdo del Estado miembro para la atribución de un nivel de impacto a sus fronteras podía resultar, en cierto sentido, engañosa.

#### **4. LOS MECANISMOS DE REACCIÓN DE LA AGENCIA GEFC ANTE INCUMPLIMIENTOS Y DEFICIENCIAS DETECTADAS EN LAS FRONTERAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS**

Equiparando (a los solos efectos de este estudio) las nociones de supervisión y fiscalización, coincidimos con IZQUIERDO CARRASCO en que, «la fiscalización [supervisión] consiste en verificar el cumplimiento normativo, lo que ocurra a partir de ahí ya no es fiscalización, sino que responde a otra naturaleza, contenido y fines»<sup>1412</sup>. En este y sucesivos epígrafes, nos centraremos en «lo que ocurre» a partir de la supervisión: la reacción o imposición de medidas correctivas ante las deficiencias e incumplimientos

---

<sup>1412</sup> Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano», cit., p. 395.



detectados. Dependiendo de los resultados de las evaluaciones de vulnerabilidad, como veremos a continuación, el director de la Agencia GEFC puede adoptar recomendaciones dirigidas a los Estados miembros con la finalidad de que subsanen las deficiencias detectadas. En aquellos casos en los que dichas recomendaciones no se traduzcan en medidas nacionales adoptadas en un determinado plazo, se prevé que el consejo de administración de la Agencia GEFC pueda adoptar decisiones vinculantes para los Estados miembros reiterando las medidas que deben adoptarse.

#### 4.1 Breve excursio sobre las recomendaciones y las decisiones en el Derecho de la Unión

Dado que las recomendaciones y las decisiones son los instrumentos jurídicos puestos a disposición de la Agencia GEFC para reaccionar frente a las deficiencias e incumplimientos detectados en fase de supervisión, conviene realizar un sintético análisis de ambas herramientas antes de proceder al estudio de cómo se utilizan en el ámbito del control de fronteras.

##### 4.1.1 Las recomendaciones

Las recomendaciones, recogidas junto a los dictámenes en el artículo 288 TFUE, se caracterizan por ser actos jurídicos de naturaleza no vinculante. No obstante, «la carencia de obligatoriedad no los priva del carácter jurídico sino, exclusivamente, de sanción directa»<sup>1413</sup>. En este sentido, MOREIRO GONZÁLEZ destaca que estos instrumentos producen relevantes consecuencias de carácter indirecto a efectos de la interpretación de las normas internas y de la Unión por los jueces nacionales, así como para ajustar, completar o desarrollar adecuadamente las obligaciones de los Estados miembros a la luz del Derecho de la Unión<sup>1414</sup>. En definitiva, como sentenció el TJUE, las recomendaciones no están desprovistas de cualquier efecto legal<sup>1415</sup>.

En cuanto a su contenido, MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS lo identifican «con la indicación de una conducta a seguir o la modificación de una situación o comportamiento»<sup>1416</sup>, por lo que puede afirmarse que su finalidad esencial es «aconsejar

---

<sup>1413</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 401.

<sup>1414</sup> Vid. Carlos J. MOREIRO GONZÁLEZ, «Sistema normativo de la Unión Europea (naturaleza de las fuentes)», en María del Carmen BARRANCO AVILÉS, Óscar CELADOR ANGÓN y Félix VACAS FERNÁNDEZ (Coords.), *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 1, Dykinson S.L, Madrid, 2011, p. 126, y Fausto DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 368.

<sup>1415</sup> STJCE, *Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, as. 322/88, ap. 18.

<sup>1416</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 401.

a los Estados miembros [o al destinatario que corresponda en cada caso] adoptar una actuación concreta [pero] sin forzarlos a hacerlo»<sup>1417</sup>. Señala acertadamente CAMPINS ERITJA que «suelen utilizarse en aquellos supuestos en que bien resulta aún prematura la intervención comunitaria a través de un acto obligatorio, o bien se trata de materias cuya competencia corresponde [mayoritariamente] a los Estados miembros»<sup>1418</sup>. Por ello, puede entenderse que determinadas recomendaciones constituyen un primer paso hacia la realización o implementación de una medida legalmente vinculante (como una decisión), dependiendo en algunas ocasiones de la reacción del receptor de la recomendación. En estos casos, la recomendación puede ser interpretada como una invitación al receptor para rectificar un problema o responder a una circunstancia con la implicación de que, si la respuesta es inadecuada o inexistente, a la recomendación le seguirán medidas vinculantes. En este sentido, la recomendación produce un efecto jurídico persuasivo, el cual, según DE QUADROS, «no está muy alejado de un efecto vinculante», por lo que, en la práctica, en cierto sentido, acaba por obligar<sup>1419</sup>.

En cuanto a las consecuencias derivadas de su incumplimiento, dado que nos encontramos ante actos de naturaleza jurídica no vinculante, el Derecho de la Unión no prevé medidas sancionadoras. En concreto, sería extremadamente difícil que prosperara un recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión, ya que, aunque, de conformidad con el principio de cooperación leal establecido en el artículo 4.3 TUE, los Estados miembros deberían seguir las recomendaciones, la vulneración del citado principio no parece que tenga entidad suficiente como para que se pudiera estimar el mencionado recurso. Lo contrario abriría la puerta a que el incumplimiento de un acto administrativo no vinculante tuviera las mismas consecuencias que el de un acto administrativo vinculante. Sin embargo, el hecho de que no se prevean consecuencias sancionadoras no implica que el incumplimiento de las recomendaciones no tenga ninguna consecuencia jurídica. Tal y como hemos adelantado, en muchas ocasiones las recomendaciones son la antesala de otro tipo de medidas de carácter vinculante, por lo que el incumplimiento de las primeras tiene como consecuencia la adopción de las segundas, pasando su contenido a ser vinculante.

---

<sup>1417</sup> Herwig C. H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 544.

<sup>1418</sup> Mar CAMPINS ERITJA, «Capítulo V: El ordenamiento jurídico comunitario: Fuentes», en Blanca VILÁ COSTA, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 2011, p. 119.

<sup>1419</sup> Fausto DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., p. 368.

#### 4.1.2 Las decisiones

Las decisiones pueden ser definidas, de conformidad con el artículo 288 TFUE, como actos típicos de naturaleza vinculante que se caracterizan por ser obligatorios en todos sus elementos y para todos sus destinatarios. Se trata, en esencia, de actos jurídicos individuales y concretos, dirigidos a uno o varios destinatarios a los que obliga tanto en «la forma y medios» como en su «resultado»<sup>1420</sup>, lo cual los diferencia de las directivas. Por otra parte, en comparación con el reglamento, la decisión no tiene alcance general, obliga solo a sus destinatarios, que puede ser un Estado miembro o un sujeto privado (persona física o persona jurídica).

El generalmente reducido ámbito de aplicación de las decisiones las convierte en un instrumento idóneo para plasmar actos ejecutivos de las Instituciones y organismos de la Unión. Sin embargo, especialmente cuando se dirige a varios o a todos los Estados miembros, pueden contener elementos abstractos de carácter general que, dependiendo de su procedimiento de aprobación, pueden convertirlas en actos de naturaleza legislativa. Por último, también pueden ser empleadas como instrumentos de planificación diseñados para construir el marco de una acción futura concreta<sup>1421</sup> (artículos 289.1 y .2 TFUE).

Dado que en adelante nos centraremos en la función ejecutiva de las decisiones, conviene destacar que la ausencia de alcance general y la identificación concreta de su destinatario son características que han permitido a algunos autores compararlas con actos administrativos. Quizás esta aproximación pueda ser útil, desde el punto de vista hermenéutico, tanto en aquellos casos en los que los destinatarios sean sujetos privados como en el caso de relaciones interadministrativas (Instituciones Europeas-Administraciones de los Estados miembros).

#### 4.2 El régimen jurídico de las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Agencia GEFC

Una vez sintetizados, muy someramente, la naturaleza, contenido, finalidad y ámbito de aplicación de las recomendaciones y decisiones, se va a proceder a analizarlos en el contexto de los procedimientos tramitados en materia de control de fronteras en los que se adoptan. En primer lugar, se abordará el procedimiento mediante el que la Agencia

---

<sup>1420</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 399.

<sup>1421</sup> Herwig C. H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and policy of the European Union*, cit., p. 94.

GEFC puede imponer a los Estados miembros deberes concretos respecto a las medidas que deben adoptar en sus respectivos territorios para subsanar las deficiencias detectadas en fase de supervisión (artículo 32, apartados 7 al 10, Reglamento GEFC 2019). En segundo lugar, se dará cuenta del procedimiento empleado por la Agencia GEFC para promover una cooperación operativa en el territorio de un Estado miembro en cuyo control de las fronteras exteriores se han detectado deficiencias (artículo 41 Reglamento GEFC 2019).

#### 4.2.1 Procedimiento mediante el que se recomiendan y, en su caso, imponen medidas que se deben adoptar en el ámbito nacional

##### *a) Las recomendaciones del director ejecutivo de la Agencia GEFC*

Como se ha podido comprobar en los epígrafes anteriores, en consonancia con su rol de guardiana del acervo de la Unión en materia de control fronterizo, la Agencia GEFC tiene a su disposición un amplio abanico de instrumentos que le permiten detectar si el mencionado acervo se está aplicando de manera adecuada por los Estados miembros. Pero es que, además, consciente el legislador de la Unión de que la finalidad de la supervisión es la corrección de las actuaciones supervisadas, previó que «cuando sea necesario, el director ejecutivo [de la Agencia GEFC], previa consulta con el Estado miembro implicado, hará una recomendación en la que se determinen las medidas necesarias que deberá tomar dicho Estado miembro, así como el plazo para aplicarlas» (artículo 32, apartados 7 y 8 Reglamento GEFC 2019). Dicha recomendación, como es lógico, se basará en los resultados de la evaluación de vulnerabilidad, en el análisis de riesgos, en las observaciones del Estado miembro supervisado (en caso de que las haya presentado) e, incluso, en los resultados del Mecanismo de Evaluación Schengen. Señala GARCÍA URETA que «existen recomendaciones en las que no sólo se invita a adoptar una concreta línea de actuación, sino que se llega a requerir a los destinatarios la adopción de medidas a los efectos de garantizar la correcta aplicación de las políticas y disposiciones vinculantes»<sup>1422</sup>. Este es uno de esos casos. También lo son las recomendaciones adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y dirigidas a subsanar las deficiencias encontradas en el marco del Mecanismo de Evaluación Schengen (artículo 15.3 Reglamento Evaluación Schengen)<sup>1423</sup>.

---

<sup>1422</sup> Agustín GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008, p. 37.

<sup>1423</sup> Las recomendaciones adoptadas por el Consejo, a propuesta de la Comisión, pueden referirse a distintos ámbitos del control de fronteras. Por ejemplo, en el caso de la aplicación del mecanismo a Grecia en el año

De acuerdo con los caracteres generales esbozados en el epígrafe 4.1.1, podemos afirmar que en el ámbito del control de fronteras nos encontramos con recomendaciones que tienen por finalidad aclarar, completar o desarrollar adecuadamente las obligaciones de los Estados miembros a la luz del Derecho de la Unión. Para ver su aplicación práctica se puede tomar como ejemplo el mandato de vigilancia establecido en el CFS 2016. En virtud del artículo 13.2 CFS 2016, «La vigilancia se efectuará *de tal manera que* impida que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos y las disuada de hacerlo». En principio, tal y como hemos señalado a lo largo de este estudio, los Estados miembros gozan de autonomía procedimental para determinar cuál es «la mejor manera» de impedir que las personas se sustraigan de las inspecciones fronterizas. No obstante, si la Agencia GEFC comprueba (a través de los análisis de vulnerabilidad y demás instrumentos de supervisión) que «la manera» en la que un determinado Estado miembro ha decidido autónomamente impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas no permite garantizar los objetivos del CFS 2016, podrá emitir una recomendación dirigida a dicho Estado mediante la que le aconseje una serie de medidas para mejorar la ejecución nacional del mandato del artículo 13.2 CFS 2016. Es decir, mediante su recomendación, el director de la Agencia GEFC trata de impedir que la autonomía procedimental de la que gozan los Estados en materia de vigilancia fronteriza se convierta en un obstáculo para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Cabe destacar que, para que se active este procedimiento, no es necesario que el Estado miembro haya incurrido en un incumplimiento. Basta con que el análisis de

---

2015, las recomendaciones se centraron en una serie de ámbitos como «la mejora de los procedimientos de registro, incluido un número suficiente de personal y los escáneres dactiloscópicos de registro y verificación de los inmigrantes y de sus documentos de viaje con arreglo al SIS, Interpol y las bases de datos nacionales. [Grecia, además, debía] aportar las instalaciones necesarias para el alojamiento durante el proceso de registro y el lanzamiento de los procedimientos de retorno de los inmigrantes irregulares que no son solicitantes de asilo y que no necesitan protección internacional. [Por otra parte, la vigilancia en las fronteras también debía mejorarse incluyendo] el establecimiento de un sistema de análisis de riesgos y un incremento de la formación de los agentes de la guardia de fronteras. [Por último, también debían] lograrse mejoras de infraestructura y equipo en los pasos fronterizos» [Comisión Europea, Comunicado de Prensa de 2 de febrero de 2016: *La Comisión adopta un informe de evaluación de Schengen sobre Grecia y propone recomendaciones para corregir las deficiencias en la gestión de las fronteras exteriores*. Disponible en: <http://www.europedirectbizkaia.org/wp-content/uploads/2016/02/fronteras.pdf> (Consultado por última vez el 13/08/2020)]. Tras su adopción por el Consejo, el artículo 21 CFS contempla que, «con miras a garantizar el cumplimiento de las recomendaciones a que se refiere el artículo 15 de dicho Reglamento [MES], la Comisión podrá recomendar, mediante un acto de ejecución, al Estado miembro evaluado, que adopte ciertas medidas específicas».

vulnerabilidad haya detectado deficiencias que puedan suponer un riesgo para el funcionamiento del Espacio Schengen<sup>1424</sup>.

Sin encontrarnos en el marco de la actividad de limitación, al tratarse de relaciones entre Administraciones públicas (Administración de la Unión Europea- Administraciones de los Estados miembros), las recomendaciones objeto de análisis presentan ciertas similitudes con las denominadas advertencias o intimaciones. Estas últimas se caracterizan por invitar al particular a modificar su situación y a acomodarse a la legalidad tras recordar un deber o una prohibición que se está incumpliendo o que se corre el riesgo de incumplir<sup>1425</sup>. Como sugieren REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, «pese a su escaso valor jurídico pueden ser útiles y ofrecer una primera vía de reacción administrativa para solucionar los problemas»<sup>1426</sup>. Lo mismo se puede predicar de las recomendaciones. No obstante, conviene destacar una diferencia esencial entre estas últimas y las intimaciones empleadas en la actividad de limitación (aparte del destinatario): las intimaciones, al contrario que las recomendaciones, concretan y exigen el deber que ya existía y que se está conculcando (continuando con el ejemplo utilizado, el mandato de vigilancia del artículo 13 CFS 2016).

Volviendo al procedimiento de reacción de la Agencia GEFC, los Estados miembros deberán adoptar las medidas establecidas en las recomendaciones sobre la base de un plan de acción elaborado por ellos mismos en consulta con el director ejecutivo de la Agencia GEFC (artículo 32.7 Reglamento GEFC 2019). Como hemos adelantado, la finalidad de las medidas recomendadas es eliminar cualquier vulnerabilidad detectada en la evaluación con el objeto de que los Estados miembros incrementen su preparación para afrontar los retos actuales y venideros en sus fronteras exteriores. Por ello, lo más lógico es que se dirijan al refuerzo o mejora de sus capacidades, de su equipamiento técnico, de

---

<sup>1424</sup> Tampoco es necesario que el Estado miembro en cuestión esté de acuerdo con el nivel de impacto asignado a una sección de su frontera. Las recomendaciones de la Agencia GEFC se producen «en caso necesario» y como consecuencia de los resultados de los distintos mecanismos de supervisión, no del nivel de impacto atribuido. Por ello, como adelantábamos en su momento, la repercusión que tiene la necesidad de acuerdo del Estado miembro en la atribución del nivel de impacto a su frontera es, a efectos prácticos, poco útil. Al final, un Estado miembro cuyo análisis de vulnerabilidad hace proponer a la Agencia un nivel de impacto «elevado» en sus fronteras puede mostrar su desacuerdo y conseguir que el nivel de impacto de su frontera sea «medio». No obstante, ello no impedirá que la Agencia GEFC realice, si lo estima necesario, recomendaciones para que dicho Estado miembro adopte determinadas medidas para subsanar las deficiencias detectadas.

<sup>1425</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», en Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO (Dirs.) *Derecho Administrativo. Tomo III Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 85.

<sup>1426</sup> *Ibidem*, p. 85.

sus sistemas, de sus recursos o de sus planes de contingencia, entre otros. La aplicación de las medidas recomendadas será objeto de seguimiento por parte del director ejecutivo de la Agencia GEFC, para lo cual se impone a los Estados miembros la obligación de remitir informes periódicos sobre la base de los planes de acción citados (artículo 32.8 Reglamento GEFC 2019)<sup>1427</sup>.

*b) La decisión vinculante del consejo de administración de la Agencia GEFC*

En el caso de que el Estado miembro siga las recomendaciones de la Agencia GEFC, contará con los conocimientos técnicos de esta última para respaldar o facilitar la aplicación de las medidas recomendadas (artículo 32.9 Reglamento GEFC 2019). Por el contrario, en aquellos casos en que un Estado miembro no aplique las medidas necesarias de la recomendación en el plazo fijado, el director ejecutivo remitirá el asunto al consejo de administración de la Agencia GEFC e informará de ello a la Comisión. El consejo de administración, «tomará una decisión a propuesta del director ejecutivo en la que se determinen [de nuevo] las medidas necesarias que deberá adoptar el Estado miembro de que se trate y el plazo para su aplicación» (artículo 32.10 Reglamento GEFC 2019).

La diferencia con el instrumento de reacción a disposición del director ejecutivo (la recomendación) es que la decisión del consejo de administración «será vinculante para el Estado miembro»<sup>1428</sup>. Es decir, el contenido de la recomendación pasa a ser un acto

---

<sup>1427</sup> Muy similar es el procedimiento seguido en el Mecanismo de Evaluación Schengen. Tras la fase de supervisión comandada por el grupo de expertos, el Consejo remitirá, en su caso, sus recomendaciones al Estado miembro en cuestión (artículo 15 Reglamento Evaluación Schengen). Una vez notificadas, el Estado miembro evaluado tiene un plazo de tres meses (que se reduce a un mes si estaba incumpliendo gravemente sus obligaciones) para remitir un plan de acción para la subsanación de las deficiencias detectadas en la evaluación, el cual será supervisado por la Comisión (artículo 16, apartados 1 y 2 Reglamento Evaluación Schengen). Posteriormente, el Estado habrá de informar sobre su ejecución en un plazo de seis meses, o de tres, si el informe demostraba deficiencias graves (artículo 16, apartados 3 y 4).

<sup>1428</sup> Continuando la comparación con el MES, si la Comisión, durante la ejecución del plan de acción, realiza nuevas visitas *in situ* y continúa detectando deficiencias graves que puedan constituir una amenaza grave para el orden público o la seguridad interna del espacio sin controles fronterizos interiores, informará al Parlamento Europeo y al Consejo (artículo 21.2 CFS 2016). Además, esta situación podrá conducir al restablecimiento de las fronteras interiores de algunos Estados miembros (artículo 29 CFS 2019, por remisión de artículo 21.3 del mismo texto). A diferencia del mecanismo de reacción de la Agencia GEFC, en el caso del MES se pasa directamente de la recomendación del Consejo (artículo 15 Reglamento Evaluación Schengen) a la posibilidad de restablecimiento de controles fronterizos internos en caso de incumplimiento de dicha recomendación por parte del Estado miembro afectado. El incumplimiento de la recomendación del director de la Agencia GEFC tiene como consecuencia la adopción de una decisión vinculante por parte del consejo de administración. Como se comprobará en sucesivos epígrafes, el incumplimiento de la decisión del consejo de administración de la Agencia GEFC puede tener como resultado la adopción de otra decisión por parte del Consejo imponiendo determinadas medidas en el territorio de un Estado miembro (artículo 42 Reglamento GEFC 2019). Solo en el caso de que esta última decisión no sea cumplida, entonces se abre la posibilidad del restablecimiento de controles fronterizos (artículo 29 CFS 2016). En consecuencia, y como puede observarse, el camino para llegar al

jurídico individual y concreto dirigido a un Estado miembro al que obliga tanto en «la forma y medios» como en su «resultado», en el sentido del artículo 288 TFUE<sup>1429</sup>. Por ello, sobra decir que, en caso de inobservancia del Estado miembro, la Comisión tiene a su disposición el recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión ante el TJUE al que, tal y como dispone el artículo 260 TFUE, se puede anudar la imposición de multas coercitivas y sumas a tanto alzado en caso de contumacia<sup>1430</sup>. El hecho de que las medidas propuestas mediante las recomendaciones únicamente se transformen en deberes jurídicos en caso de no seguimiento de las primeras, nos hace pensar que el legislador de la Unión consideró que, por tratarse de una materia cuya ejecución corresponde, en principio, a los Estados miembros, una intervención de la Unión a través de un acto obligatorio en primera instancia podría ser contraria al principio de subsidiariedad. La reflexión anterior nos permite afirmar, al mismo tiempo, que nos encontramos en uno de esos casos en los que el incumplimiento de las recomendaciones, pese a no ser actos jurídicos vinculantes, sí comporta consecuencias jurídicas: la justificación de que la Unión pueda ir más lejos en el ejercicio de sus competencias, transformando una advertencia en un deber jurídico.

De la misma forma que estas recomendaciones presentan ciertas similitudes con las advertencias o intimaciones empleadas en el contexto de la actividad de limitación, las decisiones de la Agencia GEFC comparten ciertas características con las órdenes. Como señalamos en el Capítulo III, estas últimas son «actos administrativos que imponen en un caso concreto un deber de realizar una conducta o una prohibición de realizarla con la finalidad de preservar algún interés general»<sup>1431</sup>. En el caso objeto de estudio,

---

restablecimiento de controles fronterizos en el caso del mecanismo de reacción de la Agencia GEFC es bastante más largo que el previsto en el MES.

<sup>1429</sup> Sobre las potestades ejecutivas de las agencias europeas *vid.* Capítulo II.

<sup>1430</sup> No obstante, como comprobaremos con posterioridad, el legislador de la Unión ha previsto consecuencias específicas en casos de incumplimiento de la decisión del consejo de administración de la Agencia GEFC por parte de un Estado miembro. Sin embargo, dado que las consecuencias de no ejecutar la decisión sobrepasan las potestades de reacción de la Agencia GEFC y suponen una elevación de la cuestión al Consejo, serán analizadas en el epígrafe siguiente. Por otra parte, en tanto que acto vinculante con capacidad de producir efectos jurídicos frente a terceros, la decisión del consejo de administración de la Agencia puede ser objeto de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 263 TFUE.

<sup>1431</sup> Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», cit., p. 80. En principio, de acuerdo con la clasificación esbozada por estos autores, la naturaleza de las decisiones objeto de análisis sería muy similar a la de las órdenes represivas, en el sentido de que «generalmente, estas órdenes no crean ningún nuevo deber sino que parten del que ya existía (porque lo establecía una norma o un acto administrativo) y, ante su transgresión, lo imponen y exigen más específicamente: concretan el sujeto obligado, el contenido del deber en el caso dado y el momento máximo en que debe cumplirse».



continuando con el ejemplo del mandato de vigilancia establecido en el artículo 13 CFS 2016, ante un incumplimiento o deficiencia detectados mediante una evaluación de vulnerabilidad y tras la adopción de una recomendación por parte del director ejecutivo de la Agencia GEFC (que es ignorada por el Estado miembro al que se dirige), la decisión del consejo de administración impone un deber concreto (v.g., aumentar los recursos técnicos disponibles en una determinada sección de frontera) para preservar un interés general (el funcionamiento eficaz del Espacio Schengen).

Atendiendo a las características del procedimiento analizado, nos encontramos en un ámbito en el que se aprecia una incidencia importante de la Unión Europea (en concreto, de la Agencia GEFC) sobre la actuación de las Administraciones nacionales. Tal y como ha quedado reflejado en la exposición, la Agencia GEFC no solo tiene potestad para supervisar la ejecución nacional del Derecho de la Unión en materia de control fronterizo, sino que también puede imponer a una Administración nacional la adopción de determinadas medidas al respecto. A mayor abundamiento, todo ello se produce en un ámbito en el que corresponde a los Estados miembros, en principio, el ejercicio de las potestades ejecutivas operativas de carácter material. Por ello, un determinado sector doctrinal sostiene que este tipo de relación de obediencia a las Instituciones de la Unión Europea (o la Agencia GEFC, en este caso) por parte de los Estados miembros se produce porque nos encontramos en un ámbito donde rige el principio de jerarquía<sup>1432</sup>, aunque algunos puntualizan «si bien de naturaleza imperfecta, ya que no concurrirían las potestades disciplinarias, ni de sustitución o de remoción»<sup>1433</sup>.

Aunque, como afirma HOFMANN, una completa ausencia de autoridad jerárquica difícilmente permite comprender las potestades de supervisión y reacción de unos entes sobre otros, lo cierto es que afirmar la vigencia del principio de jerarquía en las relaciones entre las Instituciones de la Unión Europea y las Administraciones nacionales tiene implicaciones aún más difíciles de asumir. Si, como sostiene CARBONELL PORRAS, «de jerarquía propiamente solo se puede hablar entre órganos de una misma

---

<sup>1432</sup> Herbert ROSENFELDT, «Establishing the European Border and Coast Guard: all-new or Frontex reloaded?», Sunday, 16 October 2016 [Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/10/establishing-european-border-and-coast.html> (Consultado por última vez el 13/08/2020)].

<sup>1433</sup> Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1998, p. 76, *apud* Agustín GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario*, cit., p. 40.

Administración»<sup>1434</sup>, afirmar que las relaciones entre las Instituciones de la Unión Europea y las Administraciones nacionales en este ámbito se rigen por dicho principio implicaría que las Administraciones nacionales serían una suerte de órganos pertenecientes a una gran Administración Europea. Es decir, implicaría afirmar que la Unión Europea presenta unas características similares a las de un gran Estado Federal, postura que actualmente es difícil de sostener.

No obstante, la jerarquía no es el único principio que permite explicar relaciones de obediencia entre Administraciones públicas diferentes. En determinados Estados descentralizados se habla de tutela entre unas Administraciones territoriales y otras o entre las primeras y sus entes instrumentales. Por ejemplo, en el caso de España, la autonomía de los entes locales se considera compatible con la inspección y el control por parte de otras Administraciones a las que, además, se le dan ciertos poderes para influir o corregir sus actuaciones<sup>1435</sup>. En definitiva, en el marco de los instrumentos de tutela, «la autonomía de un ente (...) no es por completo incompatible con ciertas injerencias de otro supraordenado»<sup>1436</sup>. La misma afirmación se podría predicar de las relaciones entre Administraciones nacionales e Instituciones de la Unión Europea.

En cualquier caso, entendemos que se comete un error cuando se tratan de trasladar los principios que rigen las relaciones interadministrativas a nivel nacional con los principios rectores entre la Unión Europea y los Estados miembros a la luz del Derecho de la Unión. Por ello, ciñéndonos al lenguaje del ordenamiento jurídico de la Unión, lo que sí que cabe afirmar, como consecuencia de esta injerencia de la Agencia GEFC en el ejercicio nacional de las potestades de control fronterizo, es la existencia de una «responsabilidad compartida» en materia de gestión integrada de las fronteras (artículo 5 Reglamento GEFC 2019). Una responsabilidad compartida que se traduce en que, *a priori*, la Agencia GEFC únicamente ostenta potestades de supervisión sobre el control de las fronteras exteriores realizado por los Estados miembros. No obstante, cuando estos últimos no garantizan la efectividad del Derecho de la Unión (por un erróneo ejercicio de su autonomía institucional o procedimental), poniendo en peligro el espacio Schengen, las iniciales potestades de supervisión dan paso a nuevas potestades que

---

<sup>1434</sup> Eloísa CARBONELL PORRAS, «Lección 9: La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales», en Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO (Dir.) *Derecho Administrativo. Tomo I Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 287.

<sup>1435</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>1436</sup> *Ibidem*.

permiten la adopción de medidas vinculantes que afectan al ejercicio de las potestades operativas de naturaleza material cuyo ejercicio correspondía, en principio, a los Estados miembros. Nos encontramos, como se apuntó en el Capítulo II, ante potestades ejecutivas de la Agencia GEFC subsidiarias, en las que el principio de subsidiariedad se activa ante un incumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros en materia de control fronterizo.

#### 4.2.2 Procedimiento mediante el que se recomienda la puesta en marcha de una cooperación operativa en un determinado Estado miembro

Hasta el año 2016, fruto de la naturaleza descendente de la relación Agencia GEFC-Estados miembros, la asistencia técnica y operativa brindada por la primera era consecuencia de una solicitud de los segundos, posibilidad que se sigue manteniendo. Recordemos que, de conformidad con el artículo 37 Reglamento GEFC 2019 «Un Estado miembro podrá *pedir* a la Agencia que inicie *operaciones conjuntas* para hacer frente a los retos venideros (...), o que le preste una mayor asistencia técnica y operativa, para el cumplimiento de sus obligaciones de control de las fronteras exteriores» (cursiva añadida). Igualmente, «*a solicitud de un Estado miembro* que se encuentre ante una situación de retos concretos y desproporcionados, en particular la llegada a determinados puntos de sus fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que tratan de entrar sin autorización en el territorio de ese Estado miembro, la Agencia podrá desplegar, durante un período limitado de tiempo, una *intervención fronteriza rápida* en el territorio de dicho Estado miembro de acogida». Esta forma de inicio de las modalidades de cooperación operativa fue en la que nos centramos en el Capítulo VII, al exponer el planteamiento general de la cuestión. No obstante, ya en aquel momento adelantamos que la iniciación de una determinada cooperación operativa también podía ser consecuencia de una recomendación del director ejecutivo de la Agencia GEFC. En ello nos centraremos a continuación.

Con el Reglamento GEFC 2016 nació una nueva forma de proporcionar cooperación operativa a los Estados miembros: a propuesta de la propia Agencia GEFC. Actualmente, de conformidad con el artículo 41.1 Reglamento GEFC 2019

«El director ejecutivo, basándose en los resultados de la evaluación de la vulnerabilidad o cuando se atribuya un impacto crítico a una o varias zonas de la frontera exterior y teniendo en cuenta los elementos pertinentes de los planes de contingencia del Estado miembro, el análisis de riesgos de la Agencia y el nivel

analítico del mapa de situación europeo, *recomendará al Estado miembro* de que se trate *que solicite* a la Agencia la puesta en marcha, la realización o la adaptación de operaciones conjuntas, intervenciones fronterizas rápidas o cualquier otra medida pertinente de la Agencia establecida en el artículo 36».

Como venimos adelantando, puede afirmarse que, si bien originariamente los medios (técnicos y humanos) e instrumentos (análisis de riesgos) de la Agencia GEFC estaban exclusivamente a disposición (o al servicio) de los Estados miembros, ahora también son empleados autónomamente por la Agencia GEFC para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. La principal consecuencia de este nuevo enfoque es que la Agencia GEFC ya no solo interviene cuando lo solicitan los Estados miembros, sino también cuando ella lo considera oportuno. E incluso, si tenemos en cuenta la existencia del Mecanismo de Evaluación Schengen, la intervención de la Agencia GEFC puede tener su origen en que la Comisión lo considere oportuno<sup>1437</sup>.

Volviendo a la recomendación del director de la Agencia GEFC, al igual que en el epígrafe precedente, nos encontramos ante una recomendación a un Estado miembro como consecuencia de las deficiencias o incumplimientos detectados en fase de supervisión. No obstante, a diferencia de las recomendaciones antes analizadas, el contenido de esta recomendación es, materialmente, una propuesta de intervención de la Agencia GEFC en el Estado miembro en cuestión, no la adopción autónoma y unilateral de una serie de medidas por parte del Estado miembro en su territorio. De esta forma, mientras el seguimiento de las recomendaciones antes vistas implicaba el ejercicio (dirigido) de potestades operativas de naturaleza material por parte de las Administraciones nacionales, la adecuación del Estado miembro afectado al comportamiento aconsejado por la Agencia GEFC en virtud del artículo 41 Reglamento GEFC 2019 comporta, dada la incorporación de personal estatutario de la Agencia a los equipos GEFC, el ejercicio conjunto de potestades ejecutivas de naturaleza material entre la Administración nacional y la Agencia GEFC. La diferencia no es despreciable.

De conformidad con el artículo 41.2, Reglamento GEFC 2019

---

<sup>1437</sup> En este sentido, el artículo 21.1 CFS 2016 establece que la Comisión, para concretar la recomendación del Consejo realizada en el marco del MES (artículo 15 Reglamento Evaluación Schengen), «podrá recomendar, mediante un acto de ejecución, al Estado miembro evaluado, que adopte ciertas medidas específicas, entre las que pueden incluirse (...) iniciar el despliegue de los equipos europeos de Guardia de Fronteras».

«El Estado miembro de que se trate responderá a la recomendación del director ejecutivo a que se refiere el apartado 1 en el plazo de seis días hábiles. En caso de respuesta negativa a la recomendación, el Estado miembro también justificará su respuesta. El director ejecutivo notificará sin demora al consejo de administración y a la Comisión las medidas recomendadas y la motivación de la respuesta negativa, con vistas a evaluar la necesidad de adoptar medidas urgentes de conformidad con el artículo 42».

Como se deduce del artículo reproducido, nos volvemos a encontrar ante una modalidad de recomendaciones cuyo incumplimiento comporta consecuencias, aunque no sean de naturaleza sancionadora. No obstante, dado que dichas consecuencias sobrepasan las potestades de reacción de la Agencia GEFC y suponen una elevación de la cuestión al Consejo, serán analizadas en el epígrafe siguiente.

Lo que sí conviene destacar ahora, porque se deduce de los procedimientos de reacción de la Agencia GEFC ya analizados, es la diferencia entre los instrumentos a disposición de esta última según cual sea la vía empleada para subsanar las deficiencias o incumplimientos detectados en fase de supervisión:

- a) Si la vía utilizada para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión es la adopción de determinadas medidas por parte del Estado miembro en su territorio (epígrafe 4.2.1), la Agencia GEFC puede emplear dos instrumentos de reacción: las recomendaciones de su director ejecutivo y, en su caso, la decisión vinculante de su consejo de administración.
- b) Si, por el contrario, la vía utilizada para asegurar el adecuado funcionamiento del Espacio Schengen es la puesta en marcha de una cooperación operativa, la Agencia GEFC únicamente dispone de recomendaciones como mecanismo de reacción. Como veremos en el próximo epígrafe, esta diferencia puede interpretarse como un intento por parte del legislador de la Unión de elevar a las máximas instancias (Consejo y Comisión) la adopción de actos vinculantes que impliquen un cambio en el modelo de ejecución operativa de las potestades en materia de control fronterizo.

## **5. LA INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA GEFC EN UN ESTADO MIEMBRO POR DECISIÓN DEL CONSEJO COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO* PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE CONTROL FRONTERIZO**

Como venimos señalando, el Reglamento GEFC 2016 previó un procedimiento conforme al cual la Agencia GEFC, en virtud de una decisión del Consejo, podía coordinar una cooperación operativa sin que su asistencia fuera solicitada por ningún Estado miembro. Si tenemos en cuenta que desde 2019 el personal estatutario de la Agencia GEFC ejerce competencias ejecutivas cuando sus miembros son desplegados en una operación coordinada por la Agencia GEFC, ambas innovaciones implican que, en determinados casos y concurriendo circunstancias tasadas que veremos a continuación, la Unión Europea puede actuar de oficio en la ejecución material del Derecho de la Unión en materia de control fronterizo. Ello supone una alteración significativa del ejercicio de las potestades ejecutivas en la Política común de gestión de las fronteras exteriores porque, como sabemos, la ejecución operativa de las potestades materiales de control fronterizo (inspección y vigilancia) habían correspondido tradicionalmente a los Estados miembros por su vinculación con el mantenimiento del orden público y la seguridad interior. Conviene recordar que esta alteración ha sido obra, en aras al establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [artículo 77.1.c) TFUE], del legislador de la Unión. Y, con ella, la coordinación de la cooperación operativa ha dejado de ponerse al servicio exclusivo de los Estados miembros, como parecía ocurrir en un principio, para ponerse también a disposición del adecuado funcionamiento del Espacio Schengen.

### **5.1 Causas de la adopción de la medida**

#### **5.1.1 Causas directas**

De conformidad con el artículo 5.3 TUE «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, (...), sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». Por lo tanto, en virtud del principio de subsidiariedad, si el ámbito de la acción es compartido (como en el caso de la Política sobre controles en las fronteras), «entonces la Unión ejercerá su competencia de forma limitada y subsidiaria

en relación con la acción interna: en lo que los Estados miembros no sean capaces de alcanzar de manera suficiente ni mejor»<sup>1438</sup>. Como consecuencia, en la medida en que el legislador de la Unión ha reservado potestades ejecutivas a las Instituciones europeas, esta opción debe estar justificada. Cabe preguntarse, en este punto, qué fundamento justifica la adopción por parte del Consejo de una decisión que permita la intervención de la Agencia GEFC en un Estado miembro sin que este último lo solicite. Es decir, cuál es la causa que excusa la superación del modelo de ejecución indirecta en el ámbito de las potestades operativas materiales de control y vigilancia fronterizos.

Descendiendo al procedimiento que permite a la Agencia GEFC intervenir en las fronteras exteriores de un determinado Estado miembro «de oficio», el artículo 42.1 Reglamento GEFC 2019 (titulado «Situación en las fronteras que requiera medidas urgentes») dispone que:

«Cuando el control de las fronteras exteriores sea tan ineficaz que pueda poner en peligro el funcionamiento del espacio Schengen, porque:

- a) un Estado miembro no adopte las medidas necesarias fijadas en una decisión del consejo de administración, según lo dispuesto en el artículo 32, apartado 10, o
- b) un Estado miembro que se enfrente a un reto concreto y desproporcionado en las fronteras exteriores no haya solicitado ayuda suficiente a la Agencia al amparo de los artículos 37, 39 o 40, o no está dando los pasos necesarios para adoptar las medidas establecidas en dichos artículos o en el artículo 41

el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar sin demora una decisión, mediante un acto de ejecución, en la que se fijen las medidas que deberá adoptar la Agencia al objeto de aminorar dichos riesgos y en la que se solicite al Estado miembro de que se trate que coopere con la Agencia en su aplicación. La Comisión consultará a la Agencia antes de presentar su propuesta».

Como podemos comprobar, la disposición delimita específicamente aquellas causas o presupuestos que abren la puerta a la intervención de oficio de la Agencia GEFC.

---

<sup>1438</sup> Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 82

El primero es cuando un Estado miembro no ejecute la decisión del consejo de administración de la Agencia GEFC que determina las medidas que debe adoptar en su territorio ante las deficiencias o incumplimientos en la aplicación del Derecho de la Unión detectadas en un análisis de vulnerabilidad [artículo 42.1.a) Reglamento GEFC 2019, analizado en el epígrafe 4.2.1] y el segundo es cuando un Estado miembro que se enfrente a un reto desproporcionado en sus fronteras no solicite voluntariamente ayuda suficiente a la Agencia GEFC (Capítulo VII) o no esté dando los pasos necesarios para seguir las recomendación mediante la que se le propone iniciar una determinada operación en su territorio [artículo 42.1.b) Reglamento GEFC 2019, analizado en el epígrafe 4.2.2]. No obstante, además de ello es necesario que, como consecuencia de la producción de cualquier de las situaciones reproducidas, pueda ponerse en peligro el Espacio Schengen. Así se deduce del propio artículo 42.1 Reglamento GEFC 2019 cuando, como premisa de partida, dispone que es necesario que «(...) el control de las fronteras exteriores se vuelva *tan ineficaz que pueda poner en peligro el funcionamiento del espacio Schengen* porque (...) [en síntesis] un Estado miembro no haya adoptado las medidas decididas o recomendadas por la Agencia (...)»<sup>1439</sup>.

En definitiva, de acuerdo con el precepto, el Consejo únicamente adopta la decisión de ejecución que permite intervenir a la Agencia GEFC cuando los Estados

---

<sup>1439</sup> La intervención de las agencias de la Unión Europea cuando se ponen en riesgo los objetivos de los Tratados no es una novedad. De conformidad con el artículo 28 Reglamento (UE) n.º 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, titulado «Poderes de intervención de la AEVM [Agencia Europea de Valores y Mercados] en circunstancias excepcionales»:

«1. De conformidad con el artículo 9, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 1095/2010, y siempre que concurran las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, la AEVM:

- a) exigirá a las personas físicas o jurídicas que mantengan posiciones cortas netas en relación con un instrumento financiero específico o una clase de instrumentos financieros que notifiquen a una autoridad competente o publiquen los detalles de tales posiciones, o
- b) prohibirá a las personas físicas o jurídicas realizar ventas en corto u operaciones que creen un instrumento financiero o se refieran a un instrumento financiero distinto de los instrumentos financieros contemplados en el artículo 1, apartado 1, letra c), y cuyo efecto, o uno de cuyos efectos, sea conferir una ventaja financiera a dicha persona en caso de que disminuya el precio o valor de otro instrumento financiero, o impondrá condiciones para ello.

2. La AEVM únicamente adoptará una decisión con arreglo al apartado 1 si:

- a) las medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) y b), están encaminadas a *hacer frente a una amenaza que tenga implicaciones transfronterizas para el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o para la estabilidad del conjunto o de una parte del sistema financiero de la Unión*, y
- b) *las autoridades competentes no han tomado medidas para hacer frente a la amenaza o las medidas adoptadas no constituyen una respuesta adecuada frente a la misma».*

Como podemos observar, el objeto e intención del precepto es similar al del 42.1 Reglamento GEFC 2019. Sin embargo, conviene destacar que en este caso es la propia AEVM la que decide intervenir, no el Consejo.



miembros, no solo hayan demostrado que son incapaces de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión (deficiencias detectadas en fase de supervisión), sino cuando dicha ineffectividad ponga en peligro el funcionamiento del Espacio Schengen por no adoptar las medidas previamente recomendadas o impuestas por la Agencia GEFC (en fase de reacción).

Solo si concurren estas circunstancias se produce la injerencia de la Unión en un ámbito donde, en principio, no ejercía potestades de ejecución. De lo anterior se deduce que la injerencia de la Unión Europea en la ejecución nacional no es una sanción cuyo objeto sea castigar al Estado miembro que incumple la decisión del consejo de administración de la Agencia GEFC, sino una medida de reacción correctiva cuyo único objetivo es restablecer las condiciones necesarias para garantizar un interés general de la Unión, cual es el funcionamiento del Espacio Schengen. Como decíamos, la mejor prueba de que no es una sanción es que para la activación del procedimiento del artículo 42 Reglamento GEFC 2019 no solo es necesario el incumplimiento de la decisión del consejo de administración, sino que dicho incumplimiento tenga como consecuencia la puesta en peligro del Espacio Schengen y que poner fin a dicho riesgo sea el único objetivo de la medida.

#### 5.1.2 Causa remota

Según hemos indicado, el procedimiento previsto en el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 únicamente permite la intervención del Consejo cuando se constata que el control de las fronteras exteriores llevado a cabo por los Estados miembros es «tan ineficaz que pueda poner en peligro el funcionamiento del espacio Schengen». En nuestra opinión, del precepto se deriva que la razón originaria o remota que provoca la intervención de la Unión Europea en el ámbito objeto de estudio, transformando y superando el modelo de ejecución indirecta de potestades operativas de naturaleza material, es el incumplimiento de las obligaciones del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros.

En definitiva, las situaciones analizadas en el epígrafe anterior son casos en los que los Estados miembros yerran a la hora de ejercer, de conformidad con su autonomía procedimental, sus potestades ejecutivas en materia de control fronterizo. Como consecuencia, dado que el límite más importante de la autonomía procedimental en el ámbito del control fronterizo es el principio de efectividad, en los casos en los que se constata que los Estados miembros no han sido capaces de garantizar la efectividad del

Derecho de la Unión de conformidad con el modelo de ejecución indirecta, entonces se permitirá que la Unión intervenga en la ejecución del acervo en materia de control fronterizo sin el consentimiento de aquellos. Cabe concluir, por lo tanto, que en el ámbito de la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión no rige un modelo de ejecución directa de potestades operativas de naturaleza material como punto de partida (*vid.* Capítulo II), sino un modelo de ejecución indirecta que, sin embargo, se abandona en aquellos casos en los que se demuestra la incapacidad de determinados Estados miembros para asegurar el adecuado funcionamiento del Espacio Schengen.

Debe tenerse en cuenta que, dada la inexistencia de controles fronterizos interiores, los problemas que se produzcan en las fronteras exteriores de un Estado miembro no solo afectan a este último, sino a todos los Estados miembros del Espacio Schengen. De hecho, en Capítulos previos se ha podido comprobar cómo se resiente la libre circulación en el Espacio Schengen por los problemas acontecidos en determinadas fronteras exteriores como consecuencia de la crisis migratoria. Por ello, la efectividad del Derecho de la Unión se erige como «principio último corrector (...) que inform[a] toda la ejecución del Derecho europeo, modulando su ejecución indirecta y justificando, en última instancia, la ejecución directa por la propia Administración de la Unión»<sup>1440</sup>. Como veremos con posterioridad, el principio de efectividad como límite a la autonomía procedimental y como fundamento de la subsidiariedad (ascendente) debe compaginarse, también, con el principio de proporcionalidad para determinar de qué forma debe la Unión ejercer sus competencias.

## 5.2 Procedimiento de ejecución de la Decisión del Consejo

La primera cuestión que cabe destacar del procedimiento que estamos analizando es que es el Consejo, no la Comisión, la institución encargada de adoptar la decisión que contiene las medidas que deberá adoptar la Agencia GEFC en un determinado Estado miembro. Recordemos que, de conformidad con el artículo 291.2 TFUE, es la Comisión la que habitualmente adopta actos de ejecución «salvo casos específicos debidamente justificados», en los que lo hará el Consejo. De hecho, tanto la propuesta de la Comisión que precedió al Reglamento GEFC 2016 como la que precedió al Reglamento GEFC 2019, disponían que «*la Comisión*, previa consulta a la Agencia, podrá adoptar sin demora

---

<sup>1440</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 394.

una decisión, mediante un acto de ejecución (...)»<sup>1441</sup>. Sin embargo, ninguno de los dos intentos prosperó, siendo uno de los aspectos más debatidos y controvertidos en las discusiones posteriores en el Consejo<sup>1442</sup>. La justificación se encuentra en el preámbulo del Reglamento GEFC 2019, según el cual «Deben conferirse al Consejo competencias de ejecución para adoptar tal decisión, debido al posible carácter políticamente delicado de las medidas que se vayan a adoptar, que probablemente afecten a competencias ejecutivas y policiales nacionales» (Considerando 57).

Continuando con el procedimiento objeto de análisis, en virtud del artículo 42.3 Reglamento GEFC 2019, «A fin de mitigar el riesgo de poner en peligro el espacio Schengen, la decisión del Consejo a que se refiere el apartado 1 preverá que la Agencia tome una o varias de las siguientes medidas: a) organizar y coordinar intervenciones fronterizas rápidas y desplegar el cuerpo permanente, incluidos equipos de la reserva de reacción rápida; (...) c) coordinar actividades para uno o varios Estados miembros y terceros países en las fronteras exteriores, incluidas operaciones conjuntas con terceros países; d) desplegar el equipamiento técnico (...)».

De conformidad con los apartados del artículo 42 analizados hasta el momento, pudiera parecer que el destinatario principal de la decisión del Consejo es la Agencia GEFC, no el Estado miembro que está poniendo en riesgo el funcionamiento del Espacio Schengen. Así se deduce del apartado primero [conforme al cual «el Consejo (...) podrá adoptar sin demora una decisión (...) en la que se fijen las medidas *que deberá adoptar la Agencia*» (...)] y del apartado tercero [de acuerdo con el cual «la decisión del Consejo (...) preverá *que la Agencia tome una o varias de las siguientes medidas*»]. Atendiendo a lo destacado (cursiva), no es de extrañar que el Comité Económico y Social Europeo apodara al procedimiento establecido en el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 como «derecho de intervención» de la Agencia GEFC en los Estados miembros. De hecho, la denominación empleada incita directamente a interpretar que las Instituciones de la Unión Europea ostentan algo parecido a una tutela sobre las Administraciones nacionales muy parecida a la que en ocasiones ejercen las Administraciones territoriales nacionales sobre otras Administraciones inferiores o instrumentales. En concreto, si únicamente se tiene

---

<sup>1441</sup> COM (2015) 671 final y COM (2018) 631 final.

<sup>1442</sup> Para SOLER GARCÍA, «que sea el Consejo y no la Comisión quien tenga competencias ejecutivas para ordenar el despliegue de la Agencia, probablemente sea una de las razones por las cuales la creación de la GEFC se ha logrado en un tiempo récord y con la unanimidad de los Estados miembros con derecho a voto», Carolina SOLER GARCÍA, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un nuevo avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 34, 2017, p. 19.

en cuenta su finalidad principal, el procedimiento del artículo 42 Reglamento GEFC 2019 parecería una suerte de mecanismo de sustitución en el que las Instituciones de la Unión corrigen la actuación de las Administraciones nacionales, subrogándose en el ejercicio de sus potestades, cuando su ineficacia pone en riesgo un interés general (cfr., artículo 60 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

Como ya hemos adelantado anteriormente, entendemos que el traslado de los principios que rigen las relaciones interadministrativas nacionales debe realizarse con mucha cautela para comprender los principios que rigen las relaciones entre las Instituciones de la Unión Europea y las Administraciones nacionales. No obstante, parece útil subrayar la aclaración realizada por REBOLLO PUIG entre distintos tipos de sustitución. Según el autor, «probablemente haya que distinguir las subrogaciones establecidas en función de control o tutela (...), y otras que son un cauce de cooperación o del llamado principio de subsidiariedad y que admiten la actuación estatal o autonómica, sin reproche alguno para la Administración local, en sustitución de la local por su falta de medios»<sup>1443</sup>. Muy probablemente, si aceptásemos que se pudiera hablar de sustitución de la ejecución nacional por la europea en el ejercicio de una determinada competencia, la acepción más adecuada de sustitución sería la segunda.

Alejándonos de las comparaciones, y empleando estrictamente las construcciones dogmáticas propias del ordenamiento jurídico de la Unión, lo analizado hasta el momento invita a pensar que lo que plantea el legislador de la Unión en el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 está bastante próximo a lo que sería un ejemplo de ejecución directa del Derecho de la Unión que, en este caso, conlleva el ejercicio directo, por parte de las Instituciones de la Unión, de las potestades de ejecución materiales en materia de control fronterizo. Sobre todo, si tenemos en cuenta la incorporación de personal estatutario de la Agencia GEFC para el ejercicio de dichas potestades.

No obstante, una lectura detenida del artículo 42 Reglamento GEFC 2019 incita a cuestionar dicha afirmación. En primer lugar, el apartado primero no solo establece la posibilidad de que la decisión del Consejo fije «las medidas que deberá adoptar la Agencia», sino que esta decisión también se utiliza como cauce para solicitar «al *Estado miembro de acogida* de que se trate que *coopere con la Agencia en su aplicación*». En

---

<sup>1443</sup> Manuel REBOLLO PUIG, «Autonomía Local y autotutela. Un equilibrio inestable», *Documentación Administrativa*, n.º 6, enero-diciembre de 2019, p.73.

segundo lugar, el apartado 5 dispone que «el director ejecutivo y el Estado miembro en cuestión alcanzarán un acuerdo sobre el plan operativo a que se refiere el apartado 4, letra b), en un plazo de tres días hábiles a partir de la fecha de su presentación». Por último, y de forma aún más explícita, el apartado 8 establece que «*el Estado miembro de que se trate ejecutará la decisión del Consejo a que se refiere el apartado 1. Con ese fin, cooperará de inmediato con la Agencia y tomará las medidas necesarias para facilitar la aplicación de dicha decisión, así como la ejecución práctica de las medidas fijadas en la citada decisión y en el plan operativo acordado con el director ejecutivo (...)*».

En nuestra opinión, la decisión del legislador de la Unión de precisar la cooperación del Estado miembro afectado para ejecutar la decisión del Consejo supone una aplicación del principio de proporcionalidad. Como ya anticipamos, la efectividad del Derecho de la Unión puede justificar, desde el punto de visto del principio de subsidiariedad, la intervención de la Unión, pero el ejercicio de sus competencias debe regirse, también, por el principio de proporcionalidad<sup>1444</sup>. De conformidad con el artículo 5.4 TUE «En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados». Este principio ha sido interpretado por algunos autores como la introducción de «un criterio gradual e intencional de ejercicio de competencias, que no se dirige a determinar si la Comunidad actuó dentro de las “cuatro esquinas” de sus poderes, sino el grado de actuación en el ejercicio de los mismos»<sup>1445</sup>, es decir, la intensidad con que se ejercen sus competencias. En este sentido, una vez que el legislador europeo decide superar el modelo de ejecución indirecta del Derecho de la Unión en determinados casos (tras superar el test de subsidiariedad), le corresponde determinar el «tipo de intervención ejecutiva» o «la forma de actuación comunitaria» (de conformidad con el principio de proporcionalidad).

De acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 42 Reglamento GEFC 2019, puede afirmarse que en una «Situación en las fronteras que requiera medidas urgentes», el legislador de la Unión ha decidido optar por una modalidad de ejecución que, por una parte, garantice la efectividad del Derecho de la Unión y, por otra, permita la mayor participación posible de los Estados miembros. Como consecuencia, puede afirmarse que en estas situaciones de urgencia en las fronteras exteriores no se sigue «el

---

<sup>1444</sup> Tal y como establece el artículo 5.1 TUE *in fine*: «(...) El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

<sup>1445</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 369.

esquema dicotómico conforme al cual la competencia ejecutiva corresponde bien a los Estados miembros, bien a la propia Unión Europea»<sup>1446</sup>, sino que el Reglamento GEFC 2019 configura una ejecución compartida entre la autoridad nacional y la supranacional. Ello no hace más que afirmar, como sugiere CHITI, que «el resultado del proceso de integración europea en la esfera administrativa del ordenamiento jurídico comunitario no ha sido un cambio de ejecución indirecta a ejecución directa, sino de la ejecución indirecta a formas de co-ejecución»<sup>1447</sup>.

### 5.3 Implicaciones de la medida y su compatibilidad con las reservas nacionales relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior

El hecho de que la modalidad de ejecución configurada por el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 pueda calificarse como compartida, no obsta a que pueda afirmarse que se produce una alteración significativa del rol normalmente asumido por los sujetos participantes en las operaciones conjuntas e intervenciones fronterizas rápidas. Recordemos que el esquema «normal» para activar el inicio de una cooperación operativa es la solicitud de un Estado miembro, a la cual le sigue una fase de cooperación entre este último y el director ejecutivo de la Agencia GEFC (elaboración del plan operativo), para culminar con la ejecución conjunta entre varios Estados miembros de la mencionada operación, coordinada por la Agencia. Sin embargo, en el caso excepcional que plantea el procedimiento del artículo 42 Reglamento GEFC 2019, dichos elementos se alteran en su inicio, sustituyéndose la solicitud inicial del Estado miembro por la decisión ejecutiva del Consejo.

Para RIJPM, el hecho de que la Unión Europea pueda intervenir en un Estado miembro sin que este lo solicite es dudosamente compatible con lo establecido en los artículos 4.2 TUE y 72 TFUE<sup>1448</sup>. Recordamos que, en virtud del primero, «La Unión (...) respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de

---

<sup>1446</sup> Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 370.

<sup>1447</sup> Edoardo CHITI, «The emergence of a Community Administration: The case of European Agencies», en *Common Market Law Review*, 37, 2000, p. 342, *apud* Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, cit., p. 444.

<sup>1448</sup> Jorrit RIJPM, «The Proposal for an European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management? », cit., p. 18. La misma opinión le merece a este autor el hecho de que el Reglamento GEFC 2019 contemple la incorporación de personal estatutario de la Agencia a los equipos de la GEFC (*Vid.* Capítulo VII).

cada Estado miembro». De conformidad con el artículo 72 TFUE «El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior». En el mismo sentido, SANTOS VARA argumenta que si los artículos 85.2 y 88.3 TFUE prohíben a Europol y Eurojust (Agencias del ELSJ) expresamente la posibilidad de intervenir en ámbitos de competencia exclusiva del Estado (medidas coercitivas y actos formales de carácter procesal respectivamente), «no parece coherente considerar que [la Agencia GEFC] pueda intervenir sin el consentimiento del Estado implicado»<sup>1449</sup>.

De los autores citados, el primero de ellos considera que el hecho de que sea el Consejo, y no la Comisión, la Institución que adopta la decisión de ejecución podría, en cierto sentido, salvar esta aparente contradicción entre el Reglamento GEFC 2019 y el TFUE, estando más «en línea con el marco constitucional del Derecho de la Unión»<sup>1450</sup>. No obstante, para otros autores (con los que, en esencia, coincidimos), incluso si la decisión fuera adoptada por la Comisión, el procedimiento del artículo 42 Reglamento GEFC 2019 tendría base competencial en el artículo 77.2.d) TFUE, conforme al cual el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «*cualquier medida* necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores». De acuerdo con este sector doctrinal, como adelantamos en epígrafes previos, «cualquier medida» es un término lo suficientemente amplio como para incluir la adopción de decisiones de ejecución que impliquen la intervención en un Estado miembro sin su consentimiento<sup>1451</sup>. Es decir, parece que contempla la posibilidad de que, en aras al establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras, se produzca un cambio en el modelo de ejercicio de las potestades operativas de naturaleza material. En esta línea, otra posible base competencial podría ser el artículo 4.3 TUE, conforme al cual «Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y *se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión*». Este último precepto puede interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no solo

---

<sup>1449</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», cit., pp. 157 y 158.

<sup>1450</sup> Jorrit RIJPMAN, «The Proposal for an European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management? », cit., p. 19.

<sup>1451</sup> Sergio CARRERA and Leonhard DEN HERTOOG, «A EBCG. What's in a name? », cit. En la misma línea, estos autores defienden que la incorporación de personal estatutario de la Agencia GEFC con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo está cubierta por el amplio título habilitante recogido en el artículo 77.2.d) TFUE (*Vid.* Capítulo VII).

deben adoptar todas las medidas necesarias para materializar los objetivos de la Unión, sino también abstenerse de todas aquellas que puedan dificultarla. Si el modelo de ejecución indirecta y el ejercicio de las potestades ejecutivas de control fronterizo por parte de los Estados miembros dificulta el objetivo de establecer un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, los Estados miembros deberán ceder dicha ejecución a la Unión Europea o, al menos, compartirla con ella.

En nuestra opinión, más allá del artículo 77.2.d) TFUE o del artículo 4.3 TUE, es la propia configuración del procedimiento, haciendo necesaria e imprescindible la cooperación del Estado miembro de acogida en la implementación de la decisión del Consejo, la que permite afirmar la compatibilidad del procedimiento analizado con las reservas de los Tratados a favor de los Estados miembros en lo que respecta al mantenimiento del orden público y la seguridad interior. En casos como este, en el que dicha participación es *conditio sine qua non* para ejecutar la decisión del Consejo, parece excesivo hablar de un atentado contra la soberanía del Estado en cuestión. Como apunta SANTOS VARA, «aún admitiendo que fuera posible intervenir contra la voluntad de un Estado para hacer frente a situaciones en las fronteras exteriores que requieran medidas urgentes, en la práctica la cooperación del Estado afectado resulta fundamental»<sup>1452</sup>. Además, aunque el Consejo no precise de la unanimidad para adoptar la decisión de ejecución<sup>1453</sup>, como sugiere este autor, «desde una perspectiva estrictamente política es difícilmente concebible que el Consejo decida enviar equipos de la GEFC en contra de la voluntad del Estado miembro afectado»<sup>1454</sup>.

En cualquier caso, en una modalidad de cooperación operativa en la que se sustituye la solicitud inicial del Estado miembro por la decisión ejecutiva del Consejo, consideramos que es necesario preguntarse si tiene sentido mantener intactas las disposiciones relativas a la impartición de instrucciones por parte del Estado miembro de acogida (artículo 43 Reglamento GEFC 2019), el régimen de atribución de responsabilidad extracontractual y penal (artículos 84 y 85 Reglamento GEFC 2019) y, en general, las previsiones relativas a la necesidad de autorización, presencia e

---

<sup>1452</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», cit., p.159.

<sup>1453</sup> Al no existir indicación en contrario en el Reglamento GEFC 2019, resulta de aplicación la regla general contenida en el artículo 16.3 TUE «El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa».

<sup>1454</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», cit., p.159.



instrucciones del Estado miembro de acogida en relación con las funciones y competencias ejecutivas de los miembros de los equipos en el seno de una cooperación operativa (artículo 82 Reglamento GEFC 2019)<sup>1455</sup>. No podemos olvidar que, aunque la colaboración del Estado miembro de acogida resulta imprescindible para la puesta en marcha de la operación, este último no lleva la iniciativa en su despliegue ni desarrollo, pasando estas funciones a ser ejercidas por la Agencia GEFC, sujeto al que explícitamente se dirige la decisión del Consejo. Así lo demuestra lo dispuesto en el artículo 42.6 Reglamento GEFC 2019, en virtud del cual, «para la ejecución práctica de las medidas previstas en la decisión del Consejo a que se refiere el apartado 1, *la Agencia* desplegará de inmediato, y en cualquier caso en el plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha en que se fije el plan operativo, el personal operativo necesario del cuerpo permanente (...)». En nuestra opinión, el cambio formal en la iniciativa de la cooperación operativa debería ir seguida de un cambio material en el régimen jurídico del mando y responsabilidad de la operación a favor de un mayor protagonismo de la Agencia GEFC. De otra forma, el modelo de ejecución compartida planteada en abstracto por el legislador se haría inviable en la práctica si no contara con la absoluta colaboración del Estado miembro de acogida.

5.4 Consecuencias del incumplimiento de la decisión del Consejo por parte del Estado miembro anfitrión. El restablecimiento de los controles fronterizos

En virtud del artículo 42.10 Reglamento GEFC 2019, «La Comisión supervisará la aplicación de las medidas previstas en la decisión del Consejo a que se refiere el apartado 1, así como de las acciones que la Agencia emprenda a tal efecto». Al hilo de lo anterior, conviene señalar que la Comisión no es la única institución que supervisa la ejecución de la decisión del Consejo. La Agencia GEFC, a través de sus funcionarios de enlace, también realizará dicha labor, ya que entre las funciones de aquellos se encuentra explícitamente señalada «realizar un seguimiento de las medidas adoptadas por el Estado miembro en lo relativo a una situación que requiere una acción urgente en las fronteras exteriores, tal y como se indica en el artículo 42» [artículo 31.3 j) Reglamento GEFC 2019].

En la propuesta de la Comisión que precedió el Reglamento GEFC 2016 no se incluía ningún mecanismo específico para forzar al Estado anfitrión a cooperar con la Agencia GEFC en la ejecución de la decisión del Consejo, lo cual constituía, según

---

<sup>1455</sup> Vid. Capítulo VII.

SANTOS VARA, «una de las debilidades más importantes de la propuesta»<sup>1456</sup>. Fue el Consejo el que introdujo, más allá de los mecanismos generales que contempla el Derecho de la Unión para reaccionar ante incumplimientos, que «si el Estado miembro en cuestión no ejecuta la decisión del Consejo a que se refiere el apartado 1 del presente artículo en el plazo de treinta días y no coopera con la Agencia de conformidad con el apartado 8 del presente artículo, la Comisión podrá activar el procedimiento previsto en el artículo 29 del Reglamento (UE) 2016/399» (artículo 42.10 Reglamento GEFC 2019).

Como se reflejó en el Capítulo I, además de modificar el régimen jurídico del restablecimiento de controles fronterizos por amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro (actuales artículos 25-28 CFS 2016), el Reglamento (UE) n.º 1051/2013 introdujo una nueva posibilidad para restablecer los controles fronterizos y excepcionar así la regla general de un espacio sin fronteras interiores. La nueva modalidad podría activarse cuando circunstancias excepcionales pusieran en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en las fronteras exteriores. Así, en virtud del artículo 29.2 CFS 2016, «Como último recurso y como medida orientada a proteger los intereses comunes dentro del espacio sin controles en las fronteras interiores, y cuando todas las demás medidas, (...) sean ineficaces para hacer frente de manera efectiva a la amenaza grave constatada, el Consejo podrá recomendar que uno o más Estados miembros decidan restablecer los controles fronterizos en todas sus fronteras interiores o en partes concretas de ellas (...)». El precepto reproducido es el último recurso a disposición de la Unión Europea para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión en el ámbito de la Política de controles en las fronteras. En la práctica, implica que el Estado miembro que no ejecute la decisión del Consejo regulada en el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 pueda, si el resto de Estados siguen la recomendación a la que se refiere el artículo 29 CFS 2016, quedar temporalmente excluido del Espacio Schengen<sup>1457</sup>. En concreto, de conformidad con el artículo 29.1 CFS

---

<sup>1456</sup> Juan SANTOS VARA, «La transformación de Frontex en la Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», cit., p.159.

<sup>1457</sup> De acuerdo con el literal del artículo 29.3 CFS 2016, los Estados miembros que no sigan la recomendación del Consejo tampoco parecen estar exentos de consecuencias. Así, en virtud del precepto citado «En el caso en que un Estado miembro no aplique la recomendación mencionada en el apartado 2, dicho Estado miembro informará por escrito de sus motivos a la Comisión sin demora. En tal caso, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo en el que se evaluarán los motivos alegados por el Estado miembro de que se trate y las consecuencias para la protección de los intereses comunes del espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores».

2016, dicha exclusión puede extenderse por un periodo de hasta dos años si se activan todas las prórrogas.

Muy probablemente, si el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 realmente constituyera una forma de ejecución directa del Derecho de la Unión, su último apartado (el que remite al artículo 29 CFS 2016 en caso de incumplimiento por parte del Estado miembro) no existiría. Precisamente, el hecho de hacer depender del Estado miembro anfitrión la efectiva ejecución de la decisión del Consejo mediante la que se imponen las medidas para corregir las deficiencias detectadas en sus fronteras, hace necesario habilitar una suerte de penalización para aquellos casos en los que la colaboración brille por su ausencia. Para ROSENFELDT, esta consecuencia descubre la cara oculta del principio de solidaridad en el ELSJ (artículo 80 TFUE). El autor defiende que el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 puede interpretarse en el sentido de que «demostrar solidaridad implica asumir las actuaciones de la Agencia GEFC, haciendo prerrogativa de las instituciones de la Unión Europea determinar quien es solidario, de manera que su ausencia [de solidaridad] comporta serias consecuencias»<sup>1458</sup>.

Una última cuestión: a lo largo de este Capítulo se han hecho continuas referencias al mecanismo paralelo de supervisión del acervo Schengen comandado por la Comisión Europea (MES), lo que nos obliga a señalar que el incumplimiento de la decisión del Consejo regulada en el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 no es la única vía que permite activar el artículo 29 CFS 2016. De hecho, en virtud del apartado primero de este último precepto «En circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores *como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores según el artículo 21 del presente Reglamento*, o como consecuencia del incumplimiento por parte de un Estado miembro de la decisión del Consejo a que se refiere el artículo 19, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo [actual artículo 42 Reglamento GEFC], y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo, los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores con arreglo al apartado 2 del presente artículo (...)». Como puede observarse, de las dos posibilidades que permiten

---

<sup>1458</sup> Herbert ROSENFELDT, «Establishing the European Border and Coast Guard: all-new or Frontex reloaded?», cit.

al Consejo recomendar el restablecimiento de controles fronterizos por circunstancias excepcionales que pongan en peligro el Espacio Schengen, una es el artículo 42 Reglamento GEFC 2019 y otra es el artículo 21.3 CFS 2016. Analizado el primer precepto, cabe señalar que el segundo dispone que «Cuando en el informe de evaluación mencionado en el apartado 1 se llegue a la conclusión de que el Estado miembro evaluado está incumpliendo gravemente sus obligaciones y (...) la Comisión considere que la situación persiste [después de hacer un seguimiento en el Estado miembro afectado por las recomendaciones adoptadas por el Consejo para corregir las deficiencias], podrá iniciar la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 29 del presente Reglamento». El informe al que se refiere el artículo 21.3 CFS 2016 es el resultado de las evaluaciones realizadas por el grupo de expertos en el marco del Mecanismo de Evaluación Schengen (artículo 14 Reglamento Evaluación Schengen). Como consecuencia, podemos observar que, al igual que las evaluaciones de vulnerabilidad, el MES puede desencadenar, si el Estado miembro evaluado no colabora, la exclusión temporal de este último del Espacio Schengen<sup>1459</sup>.

Aunque el desenlace pueda ser el mismo, lo cierto es que, como se ha podido observar a lo largo de este Capítulo, los cauces empleados para llegar a la recomendación de restablecimiento de controles fronterizos por circunstancias excepcionales que pongan en peligro el Espacio Schengen no son los mismos. Mientras que al análisis de vulnerabilidad le suceden recomendaciones y decisiones vinculantes de la Agencia GEFC que, si no son seguidas, pueden culminar en una decisión del Consejo que, (a su vez) si no es ejecutada, puede conducir al restablecimiento de controles fronterizos; en el caso

---

<sup>1459</sup> A título de ejemplo, pueden citarse los motivos dados por la Comisión para proponer la recomendación de restablecer los controles fronterizos en algunos Estados miembros como consecuencia de la crisis migratoria vivida en Grecia en 2015 y 2016. Los motivos alegados por la Comisión fueron, principalmente:

- Que el sistema de gestión de las fronteras nacionales de Grecia no contaba aún con la necesaria capacidad operativa y administrativa para gestionar la frontera exterior con arreglo a las normas del CFS.
- Que, sin la ayuda de la Unión Europea, Frontex y otros Estados miembros Grecia no podría mantener un nivel adecuado de vigilancia de su frontera marítima con Turquía. Además, su capacidad de reacción se consideraba insuficiente teniendo en cuenta la proximidad de Turquía y el riesgo de migración irregular.

Por consiguiente, se afirmaba que «persisten algunas de las deficiencias graves en los controles de la frontera exterior que desencadenaron movimientos secundarios de migrantes irregulares e impelieron a varios Estados miembros a restablecer temporalmente los controles en las fronteras interiores por motivos de orden público o seguridad interior (...). Por ello se deduce que concurren en este caso las condiciones de aplicación del artículo 29 CFS como último recurso» [Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo por la que se recomienda la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen. COM (2016) 275 final].

del MES, es el no seguimiento de las recomendaciones adoptadas por el Consejo (a propuesta de la Comisión tras la evaluación) lo que abre la puerta al restablecimiento de controles fronterizos. A título comparativo, llaman la atención las diferencias entre los instrumentos que constituyen la antesala de la recomendación de restablecimiento de controles fronterizos del artículo 29 CFS 2016: en el primer caso una decisión (artículo 42 Reglamento GEFC) y en el segundo una recomendación (artículo 15 Reglamento Evaluación Schengen). En concreto, resulta sorprendente desde el punto de vista jurídico que el no seguimiento de una recomendación (en el caso del MES), sin ser un acto jurídico vinculante, pueda llevar a la exclusión de un Estado miembro del Espacio Schengen<sup>1460</sup>. Eso sí, esta última consecuencia depende del seguimiento de otra recomendación del Consejo por parte del resto de Estados miembros, no de las propias Instituciones de la Unión.

---

<sup>1460</sup> Sobre la primera vez que se activó el artículo 29 CFS *vid.* Teresa ACOSTA PENCO, «Primer caso de restablecimiento de controles fronterizos en circunstancias que ponen en peligro el funcionamiento global del Espacio Schengen: Comentario a la Decisión de Ejecución (UE) 894/2016 del Consejo de 12 de mayo de 2016», *Revista General de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 41, 2017, pp. 252-273.

## CONCLUSIONES

1. Aunque a mediados del s. XX los Tratados fundacionales de las entonces Comunidades Europeas ya proclamaban el principio de libre circulación, los Estados que formaban parte de ellas continuaban realizando controles en sus respectivas fronteras. La traba que el lento proceso de integración suponía para consolidar el objetivo del mercado común provocó que varios de los citados Estados iniciaran una cooperación intergubernamental al margen de las Comunidades Europeas. Los resultados de esta cooperación, los Acuerdos Schengen y su Convenio de Aplicación, permitieron poner en práctica el principio de libre circulación entre los Estados parte del Espacio Schengen.

La posterior incorporación del acervo Schengen al Derecho de la Unión motivó que los Estados miembros aceptaran regular de forma conjunta las medidas compensatorias a la libre circulación, para lo cual fue imprescindible atribuir determinadas competencias a la Unión Europea. La principal consecuencia de dicha atribución, a los efectos de este trabajo, fue el nacimiento de una Política común sobre controles en las fronteras. El objeto de esta tesis, la vigilancia fronteriza, constituye una de las medidas compensatorias a la libre circulación de mayor trascendencia y, como consecuencia, uno de los pilares de la mencionada política.

2. La crisis migratoria iniciada tras la Primavera Árabe en el año 2011 ha tenido un fuerte impacto en la actividad de vigilancia llevada a cabo en las fronteras exteriores de la Unión Europea. A raíz de esta crisis migratoria, el Espacio Schengen se ha convertido en el escenario de una contienda entre el derecho de todo Estado a determinar quién puede entrar en su territorio y los derechos humanos de los migrantes que pretenden acceder a él. Independientemente del cauce de entrada, como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, resulta esencial diferenciar las razones que motivan la emigración para determinar el régimen jurídico aplicable en cada caso. Este es uno de los principales retos de los Estados a la hora de ejercer la potestad de vigilancia fronteriza. La doctrina se ha centrado mayoritariamente en destacar que ignorar la naturaleza mixta de los flujos migratorios, aplicando a los solicitantes de protección internacional las mismas medidas de interceptación que a aquellos que migran por otras causas, tiene unas devastadoras consecuencias sobre los derechos internacionalmente reconocidos a

los primeros. Uno de los principales resultados de esta investigación es la comprobación de que también existe la cara inversa de este fenómeno: el abuso de los derechos vinculados a los solicitantes de protección internacional por parte de aquellos que migran buscando mejorar sus condiciones de vida.

3. La mencionada crisis migratoria también ha provocado cambios sustanciales en el originario modelo europeo de fronteras. Los principios y procesos consustanciales a la integración europea dieron lugar a un modelo de frontera que no presenta los caracteres tradicionalmente inherentes a la institución fronteriza y, como consecuencia de lo anterior, ocurre lo mismo con la actividad de vigilancia fronteriza. El traslado de los controles fronterizos entre Estados miembros (frontera-línea) a las fronteras exteriores del Espacio Schengen (frontera-lugar de control) determina la característica principal del modelo europeo de frontera: la no coincidencia entre el trazado de la frontera y el lugar en el que se ejerce el control, de modo que, cuando los Estados miembros vigilan sus respectivas fronteras con terceros Estados, también están vigilando, *de facto*, las fronteras exteriores de los demás Estados miembros del Espacio Schengen. Sin embargo, del análisis de la práctica consolidada de los Estados miembros en el ámbito de la vigilancia fronteriza se desprende que este modelo europeo de frontera, tal y como ha sido descrito hasta ahora por la doctrina científica, resulta incompleto al no haber prestado atención a las transformaciones adicionales sobre el modelo tradicional de frontera que provoca la inmigración.

En nuestra opinión, la constante afluencia de flujos migratorios en los últimos años ha dado lugar a un cambio de concepción en el control de la frontera exterior de la Unión Europea que, necesariamente, se traduce en una transformación del modelo europeo de fronteras inicialmente previsto en el Derecho de la Unión. La naturaleza mixta de los flujos migratorios y las consecuencias jurídicas que de ello derivan (v.g.: la aplicación de regímenes jurídicos diversos, la tramitación de procedimientos administrativos diferentes y la dificultad para ejecutar las resoluciones de los procedimientos de extranjería, entre otras) han provocado que los Estados miembros traten de evitar tener que discernir entre quien merece protección internacional y quien debe ser retornado a su país de origen. Por tal motivo, los Estados han procedido a la desterritorialización del control de la frontera exterior, lo cual se ha producido de dos formas distintas: en primer lugar, han trasladado los controles más allá de sus fronteras exteriores a un espacio

donde no resultan aplicables las normas en materia de asilo y extranjería (extraterritorialización de los controles fronterizos); en segundo lugar, han negado la presencia en su territorio de quien se encuentra en él físicamente, lo cual supone una excepción al ámbito de aplicación territorial de tales normas (desterritorialización interna de los controles fronterizos). De acuerdo con lo anterior, a nuestro entender, el nuevo modelo europeo de frontera no solo implicaría la separación entre la frontera-línea (frontera interior) y la frontera-lugar de control (frontera exterior), sino también la disociación entre la supuesta frontera-lugar de control y su propio control. Las fronteras exteriores de la Unión Europea se convierten así en unas fronteras operativas que obedecen más a criterios funcionales que geográficos.

Aunque el acervo en materia de control fronterizo se ha adaptado a este nuevo modelo, previendo el ejercicio extraterritorial de la actividad de vigilancia, la ausencia de una adaptación similar en materia de asilo provoca que dicha vigilancia sea incompatible con el respeto a los derechos humanos de los solicitantes de protección internacional. De lo anterior se desprende que resulta necesaria una actualización coherente de la Política común sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración establecida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Dentro de la Política común sobre controles en las fronteras, esta investigación se ha centrado en el estudio de los objetivos “compensatorios o de acompañamiento” a la libre circulación: el control de las fronteras exteriores y la instauración de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Ambas metas constituyen conjuntamente una especie de sub-política dentro de la Política sobre controles en las fronteras que podemos denominar «Política común de gestión de las fronteras exteriores». Esta última, al igual que la política de la que deriva, tiene naturaleza compartida, motivo por el cual la Unión tiene atribuidas las competencias legislativas necesarias para la consecución de los mencionados objetivos.

Cuando el único objetivo de acompañamiento a la libre circulación era el control de las fronteras exteriores, dado que la ejecución de este último correspondía, de conformidad con el principio de subsidiariedad y las reservas en materia de orden público y seguridad, esencialmente a los Estados miembros, la doctrina interpretaba que nos encontrábamos ante el clásico modelo de ejecución indirecta del Derecho de la Unión. Sin embargo, desde que a raíz de la introducción en el



TFUE del objetivo relativo al establecimiento de un sistema integrado de fronteras la Unión Europea asumiera, a través de la Agencia Frontex (ahora Agencia de la Guardia Europea de Fronteras y Costas o Agencia GEFC), una gran variedad de potestades ejecutivas en materia de control fronterizo, el modelo de ejecución indirecta ha quedado obsoleto.

Para tratar de sistematizar esta convivencia de potestades ejecutivas de la Agencia GEFC y de los Estados miembros en materia de control fronterizo, hemos elaborado en este trabajo una alternativa al modelo dicotómico de ejecución del Derecho de la Unión. Nuestro punto de partida se encuentra en la distinción que, a raíz de la jurisprudencia del TJUE, realiza FUENTETAJA entre «actos individuales de aplicación» y «disposiciones generales de ejecución». A partir de aquí, hemos distinguido entre «potestades normativas», en relación con la vertiente de la ejecución consistente en la elaboración de normas de aplicación de actos legislativos del Derecho de la Unión, y «potestades operativas», que comprenden toda aplicación de una norma concreta del Derecho de la Unión a una situación particular. Sin embargo, dicha clasificación aún es insuficiente para comprender la complejidad del entramado de potestades ejecutivas en materia de control fronterizo. Tras un análisis de estas potestades ejecutivas se ha llegado a la conclusión de que dentro de las «potestades operativas» se puede distinguir, a su vez, entre «potestades operativas declarativas» y «potestades operativas materiales». Mientras las primeras dan lugar a actos jurídicos (v.g. decisiones de la Agencia GEFC vinculantes para los Estados miembros), las segundas dan lugar a actos de naturaleza material (inspección y vigilancia fronterizas).

La principal ventaja de la clasificación propuesta es que permite comprender regulaciones que, conforme a los modelos tradicionales de ejecución del Derecho de la Unión (ejecución directa/ejecución indirecta), parecen contener afirmaciones contradictorias. El ejemplo más representativo de este fenómeno es el Reglamento GEFC 2019 el cual, en un mismo precepto, afirma, por un lado, que la Guardia Europea de Fronteras y Costas «realizará la gestión integrada de las fronteras como responsabilidad compartida de la Agencia y las autoridades nacionales responsables de la gestión de fronteras» y, por otro, que «los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de sus secciones de fronteras». De acuerdo con la nueva clasificación que proponemos, el precepto puede interpretarse en el sentido de que los Estados miembros y la Agencia GEFC

comparten el ejercicio de «potestades normativas» y «potestades operativas declarativas», pero correspondería exclusivamente a aquellos el ejercicio de «potestades operativas materiales».

5. Sin embargo, sucede que el ejercicio de potestades operativas materiales ya no corresponde en exclusiva a los Estados miembros. Así lo demuestra el hecho de que, desde la aprobación del último refuerzo del mandato de la Agencia GEFC en 2019, parte de su personal estatutario tiene atribuidas competencias ejecutivas en materia de control fronterizo. Esta alteración de la tradicional distribución de potestades ejecutivas en materia de control fronterizo responde a dos motivos: en primer lugar, la enorme amplitud e imprecisión del citado objetivo previsto en el TFUE relativo al establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, el cual ha atribuido al legislador europeo un amplísimo margen de apreciación a la hora de configurar las potestades de la Agencia GEFC; en segundo lugar, la demostrada incapacidad de determinados Estados miembros para hacer frente a la crisis migratoria.

Como hemos concluido en nuestro trabajo, de esta dualidad de motivos se desprende que las potestades ejecutivas atribuidas a la Agencia GEFC tienen distinto fundamento. Por una parte, dicha Agencia ostenta potestades ejecutivas operativas originarias (inherentes a la propia política en la que se insertan) que responden a la necesidad de una ejecución uniforme del derecho de la Unión en materia de control fronterizo (v.g. planificación estratégica de la gestión integrada); por otra parte, la Agencia GEFC tiene atribuidas potestades ejecutivas operativas subsidiarias, derivadas de la incapacidad de los Estados miembros para ejercer una potestad que originariamente tenían atribuida ellos (v.g. potestad de reacción ante incumplimientos o de refuerzo operativo preceptivo). En estos últimos casos, en los que se produce un incumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros, las potestades ejecutivas de la Agencia GEFC se activan con la finalidad de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión.

Esta distinción que proponemos entre los motivos que fundamentan el ejercicio de potestades ejecutivas por parte de la Agencia GEFC es esencial para comprender la regulación de cada una de ellas y sus consecuencias sobre la soberanía de los Estados miembros.

6. La atribución de «potestades operativas materiales» a la Agencia GEFC no es la única consecuencia derivada de la amplitud e imprecisión del objetivo de

establecer un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Nuestra investigación ha permitido descubrir que, dentro de este amplio título habilitante, el legislador de la Unión no solo ha encontrado potestades ejecutivas implícitas de la Agencia GEFC, sino también competencias legislativas implícitas de la Unión Europea.

La aprobación del Reglamento Vigilancia Marítima supuso la regulación, por parte de la Unión, del régimen jurídico de las operaciones de salvamento realizadas en el marco de operaciones de vigilancia marítima coordinadas por la Agencia GEFC. Dado que el TFUE no ha atribuido a la Unión competencias legislativas en materia de salvamento, entendemos que el legislador de la Unión se entendió habilitado por la vinculación existente en la práctica entre el salvamento y la vigilancia de las fronteras marítimas.

7. En lo que respecta a la institución de la vigilancia fronteriza *stricto sensu*, como hemos destacado, hasta ahora la doctrina se había centrado en analizar la compatibilidad de esta actividad con los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo, a nuestro entender, los estudios realizados abordaban este problema desde un enfoque que, más allá de denunciar la vulneración de la normativa internacional de protección de los derechos humanos, no permitía aportar soluciones. Al iniciar esta investigación partimos de la hipótesis de que, para solucionar la aparente incompatibilidad del derecho de los Estados a determinar quién entra en su territorio con el respeto de los derechos humanos de los migrantes, era necesario realizar un estudio pormenorizado de la institución de la vigilancia fronteriza. De acuerdo con esta hipótesis, conocer su naturaleza jurídica, las finalidades que persigue, los principios que condicionan su ejercicio, sus límites y las potestades que le son inherentes facilitaría la tarea de tratar de hacer compatible esta potestad con el respeto a los derechos humanos.

La realización del citado estudio se ha visto dificultado por el hecho de que el Código de Fronteras Schengen destina un único precepto a la regulación de esta actividad, limitándose a enumerar sus objetivos. A pesar de ello, el análisis del contexto en el que surge esta regulación ha permitido determinar que esta opción legislativa responde a varias causas: la vigencia del principio de subsidiariedad; las reservas nacionales frente al ejercicio de «potestades ejecutivas operativas materiales» por parte de la Unión Europea (por su vinculación con el orden público y la seguridad interior de los Estados miembros); y la necesidad de contar

con un concepto de vigilancia lo suficientemente dinámico y flexible como para que resulte aplicable a las fronteras de todos los Estados miembros. El resultado de la conjunción de estos condicionantes convierte a la vigilancia fronteriza en una actividad donde el principio de autonomía procedimental de los Estados miembros cobra un especial protagonismo. Sin embargo, el hecho de que España, sobre la base de dicho principio, no haya desarrollado normativamente la actividad de vigilancia fronteriza, detallando su desarrollo y potestades, ha dificultado el estudio de esta institución.

Teniendo en cuenta los obstáculos citados, los hallazgos relativos a la vigilancia fronteriza se han derivado de un análisis de las prácticas de los Estados miembros en sus respectivas fronteras exteriores, en combinación con la prolija regulación en este ámbito del Reglamento Vigilancia Marítima. Los datos aportados por ambas fuentes de información permiten afirmar que la finalidad última de la vigilancia fronteriza es proteger tanto la libre circulación dentro del Espacio Schengen como el orden público y la seguridad interior de los Estados miembros mediante la ordenación imperativa de la entrada en la Unión Europea. En consecuencia, hemos podido concluir que la vigilancia fronteriza es encuadrable dentro de la actividad administrativa de limitación y, más concretamente, dentro de la actividad administrativa de policía. Esta afirmación nos ha permitido aplicar las categorías propias de la actividad administrativa de limitación a la vigilancia fronteriza. Asimismo, dado que la vigilancia persigue un doble objetivo (prevenir el cruce irregular de las fronteras y reaccionar frente a aquellos que traten de sustraerse de las inspecciones fronterizas), hemos distinguido dentro de ella dos actividades distintas para estudiar de forma independiente su naturaleza y su régimen jurídico: la detección y la interceptación.

8. En cuanto a la detección, se trata de una forma específica de inspección administrativa. Esta afirmación encuentra su fundamento en las potestades inherentes a dicha actividad, en su naturaleza material, en su complementariedad respecto a otras actividades administrativas (la interceptación) y en que su finalidad es verificar el cumplimiento de los deberes y condiciones exigidos para el ejercicio legal de una determinada actividad (la entrada en el Espacio Schengen). En segundo lugar, la aplicación de las categorías propias de la actividad de limitación a la actividad de vigilancia ha permitido afirmar que la interceptación no es más que una modalidad de coacción directa cuyo objetivo es

reaccionar frente al incumplimiento de los citados deberes y condiciones (lo cual viene representado por los cruces de frontera no autorizados), ya sea en grado de tentativa o efectivamente consumados.

Este análisis de la vigilancia fronteriza a partir de las instituciones jurídicas clásicas propias de la actividad administrativa de limitación ha permitido revelar la complementariedad entre la detección y la interceptación. Del mismo modo, también ha permitido determinar la naturaleza jurídica de cada una de ellas, los principios que rigen su ejercicio, las potestades administrativas inherentes a cada actividad y, lo más importante, por qué se producen tantas interferencias entre la interceptación y la normativa de protección de los derechos humanos.

9. Los Estados miembros apenas han aprobado normas que regulen su actividad de vigilancia fronteriza. Es decir, no han ejercido plenamente la autonomía procedimental que el Derecho de la Unión les reconoce en este ámbito. Esta inactividad se ha justificado, en parte, por la relajación del principio de legalidad inherente a la actividad de policía, en la que se incluye la vigilancia fronteriza. Ello ha dado como resultado la proliferación de medidas de interceptación derivadas de una ejecución directa del mandato de vigilancia contenido en el artículo 13 del Código de Fronteras Schengen de 2016. La identificación de dichas medidas como una forma de coacción directa nos ha permitido dividir las en dos categorías: medidas de reacción preventivas, destinadas a impedir que se consumen los intentos de entrada irregular, y medidas de reacción correctivas, cuya finalidad es restablecer la legalidad una vez se ha producido el cruce no autorizado.
10. En primer lugar, el análisis de la práctica de los Estados miembros ha revelado que las medidas de interceptación de naturaleza preventiva, normalmente aplicadas extraterritorialmente para hacerlas más efectivas, suponen una denegación de entrada material. Como resultado, en muchas ocasiones, aquellas han pasado a sustituir a las denegaciones de entrada formales derivadas de las inspecciones realizadas en puestos fronterizos habilitados. La falta de regulación de estas medidas de interceptación (tanto a nivel nacional como europeo) y la dificultad para fiscalizarlas debido a su naturaleza de actividad material provocan un incremento del margen de apreciación de las autoridades encargadas de la vigilancia fronteriza directamente proporcional a la disminución de las garantías que asisten a los afectados por dichas medidas. A nuestro entender, para hacer

compatible estas prácticas con la normativa de protección de los derechos humanos sería necesario impedir la huida de la normativa europea en materia de extranjería y asilo que provocan. Ello se podría conseguir de dos formas distintas: bien realizando una aplicación analógica de las garantías previstas en el Código de Fronteras Schengen para las inspecciones fronterizas extraterritoriales, o bien configurando un régimen de garantías específico para los supuestos de vigilancia extraterritorial. Esta última opción es la que representa el denominado «procedimiento de asilo marítimo» regulado en el Reglamento Vigilancia Marítima, el cual prevé las garantías procedimentales mínimas para garantizar el respeto el principio de no devolución en el contexto de las operaciones de vigilancia marítima coordinadas por la Agencia GEFC.

11. En segundo lugar, las medidas de interceptación de naturaleza correctiva suponen la expulsión material de los migrantes del territorio de un Estado miembro. Como resultado, cabe concluir que, en muchas ocasiones, han pasado a sustituir *de facto* a los procedimientos de expulsión regulados por la Directiva Retorno y la normativa nacional de transposición de esta Directiva. Esta situación puede explicarse, en parte, porque las medidas de interceptación correctivas son más atractivas para los Estados miembros que los procedimientos de expulsión. Para justificar la aplicación de tales medidas, los Estados miembros niegan la presencia en el territorio de quien ya se encuentra en él físicamente, apelando al concepto de frontera operativa. Así ha ocurrido, por ejemplo, en el Régimen Especial de Ceuta y Melilla.

La solución que aportamos al problema que de esta sustitución se deriva para los derechos humanos de los migrantes pasa por interpretar que el artículo 13 del Código de Fronteras Schengen de 2016 establece un listado cerrado o *numerus clausus* de medidas de interceptación frente a las personas que han consumado el cruce irregular. En consecuencia, y a nuestro entender, la única actuación posible para los Estados miembros sería la aprehensión y conducción del migrante irregular al puesto fronterizo más cercano. Una vez allí, debería tramitarse el procedimiento correspondiente de conformidad con la Directiva Retorno o, si el ordenamiento nacional así lo ha previsto, la no aplicación de la Directiva Retorno supeditada a la observancia de unas garantías mínimas, como el principio de no devolución.

12. Dada la naturaleza mixta de los flujos migratorios (en los cuales encontramos tanto solicitantes de protección internacional como migrantes que emigran por otros motivos), la solución propuesta respecto a las medidas de interceptación de naturaleza correctiva presenta varias ventajas. En primer lugar, impide que se vulnere el principio de no devolución y, si el Estado miembro así lo ha previsto, podría incluso procederse a la tramitación urgente de las solicitudes de protección internacional en el mismo puesto fronterizo, evitando así la dilación en el tiempo que suponen los procedimientos ordinarios. En segundo lugar, se evita que los migrantes económicos abusen de los derechos de los solicitantes de protección internacional.

La consideración como abusivo del ejercicio de un derecho exige, entre otros requisitos, que el titular del mismo se gué por un motivo ilegítimo para ejercerlo. En el contexto de la vigilancia fronteriza, el ejercicio de determinados derechos por parte de quienes no reúnen los requisitos para solicitar protección internacional tiene por finalidad defraudar la normativa europea en materia de control fronterizo y de extranjería. En una primera fase, evitando la comprobación de las condiciones de entrada en los puestos fronterizos habilitados y, en una fase posterior, provocando la sustitución del procedimiento derivado de una denegación de entrada formal por otro cuya ejecución es mucho más dificultosa por partir del presupuesto de que los migrantes ya se encuentran en el territorio Schengen. Considerando que defraudar la normativa en materia de control fronterizo y extranjería constituye un motivo ilegítimo de ejercicio de un derecho, se ha llegado a la conclusión de que determinados derechos que asisten a los solicitantes de protección internacional pueden ser susceptibles de ser ejercidos de forma abusiva por quienes no pretenden solicitar asilo en la Unión Europea. Pues bien, la conducción al puesto fronterizo más cercano de estos últimos es una medida de interceptación que permite, por una parte, comprobar si cumplen las condiciones de entrada en España y, en caso negativo, aplicar el procedimiento derivado de una denegación de entrada formal. Es decir, se aplicaría la normativa y los procedimientos que se han pretendido eludir.

13. Para la consolidación de esta propuesta, o de cualquier otra que sirva a los mismos fines, sería imprescindible una reforma legal. El análisis de los títulos habilitantes que utilizan los Estados miembros para adoptar medidas de interceptación revela que tales títulos son únicamente tres: cláusulas de orden público; potestades

implícitas en la actividad de vigilancia; y una aplicación directa del artículo 13 del Código de Fronteras Schengen de 2016. Compatibilizar estos títulos habilitantes, cuya característica común es la parquedad regulatoria, con los requisitos consustanciales a la reserva de ley es una tarea harto difícil. Además, esta carencia normativa generalizada tiene graves perjuicios sobre los destinatarios de las medidas, ya que favorece la discrecionalidad de las autoridades de vigilancia fronteriza a la hora de ejercer las potestades inherentes a dicha actividad.

La falta de una regulación exhaustiva podría justificarse en el caso de la coacción directa cuando se trata de preservar el orden público contra perturbaciones graves y reales o inminentes. No obstante, lo cierto es que la carencia de títulos habilitantes a nivel nacional se extiende a supuestos en los que existen dudas sobre si el peligro de entrada irregular es real o inminente, como es el caso de las medidas de interceptación de naturaleza preventiva adoptadas extraterritorialmente.

No es posible, dadas las variables circunstancias en las que se adoptan este tipo de medidas, aprobar una regulación completa y exhaustiva. En consecuencia, la opción del legislador debería ser enumerar algunas medidas concretas en las leyes nacionales de extranjería (como sucede en el caso del ordenamiento jurídico italiano). A este listado se añadirían, como mecanismo de *ultima ratio*, algunas habilitaciones generales subsidiarias y residuales para aquellos casos no cubiertos por las habilitaciones concretas. A nuestro entender, esta técnica legislativa del *numerus apertus* es la mejor forma de compatibilizar la singularidad de la actividad de policía con la reserva de ley: por una parte, obliga al legislador a realizar un cierto esfuerzo regulatorio y aprobar normas con la densidad suficiente como para cubrir la mayoría de los supuestos; por otra parte, otorga, con carácter excepcional y subsidiario, cierto margen de apreciación a la Administración para aquellos casos en los que se presente un peligro para cuya prevención o detención no se ha previsto ninguna potestad de manera explícita.

Esta solución sería igualmente aplicable al artículo 13 del Código de Fronteras Schengen de 2016, el cual podría transformarse en un título habilitante válido para la adopción de medidas de interceptación a nivel nacional. Para ello, sería necesario que la Comisión aprovechara la posibilidad que le brinda el propio artículo 13 del Código de Fronteras Schengen de 2016, en su apartado 5, para



adoptar actos delegados que regulen las medidas adicionales en materia de vigilancia. Tomar como referencia el Reglamento Vigilancia Marítima facilitaría esta posibilidad.

14. El uso del Reglamento Vigilancia Marítima como referencia exigiría subsanar previamente las deficiencias de las que adolece este texto y que hemos detectado en nuestro trabajo. En primer lugar, el Reglamento Vigilancia Marítima prevé una serie de garantías procedimentales para evitar el incumplimiento del principio de no devolución en las operaciones de vigilancia coordinadas por la Agencia GEFC. Sin embargo, la falta de vías de recurso contra las medidas de interceptación permite concluir que el denominado «procedimiento de asilo marítimo» es un instrumento de eficacia dudosa. En segundo lugar, el Reglamento Vigilancia Marítima establece como regla residual el desembarco en un Estado miembro de los migrantes interceptados o rescatados, sin ofrecerles la posibilidad de oponerse a ello. Al adoptar esta solución, el legislador de la Unión ha partido de la errónea presunción de que en todos los Estados miembros se respeta el principio de no devolución. Sin embargo, esta es una presunción cuestionable teniendo en cuenta que tanto el TEDH (*M.S.S c. Grecia y Bélgica*, de 21 de enero de 2011, y *Tarhkel c. Suiza*, de 4 de noviembre de 2014) como el TJUE (STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10), han condenado a Estados miembros de la Unión Europea destinatarios de flujos migratorios debido a que sus sistemas de acogida de solicitantes de protección internacional no eran compatibles con el respeto al principio de no devolución.

15. La naturaleza material de las medidas de interceptación dificulta enormemente su control judicial. No obstante, este no es el único obstáculo a su control jurisdiccional. Nuestro trabajo ha desvelado importantes carencias en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos en el ámbito de la vigilancia fronteriza.

En el caso del CEDH, dichas carencias vienen causadas por el criterio seguido para determinar si una conducta es atribuible a un Estado parte: el ejercicio de jurisdicción. Es cierto que la jurisprudencia del TEDH ha equiparado el control efectivo sobre una persona o territorio al ejercicio de jurisdicción (jurisdicción *de facto*), lo que ha permitido evitar que determinadas actuaciones escapen a su escrutinio por llevarse a cabo extraterritorialmente (STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*). Sin embargo, hemos podido determinar que

hay numerosas medidas de interceptación que, por no implicar una jurisdicción *de facto*, no pueden ser examinadas por el TEDH. Nos referimos, por ejemplo, a la orden de desvío de un buque en alta mar.

Este problema no se presenta en relación con la CDFUE pues, en virtud de la jurisprudencia del TJUE, la vigencia de la CDFUE no depende de la constatación de un ejercicio de jurisdicción *de jure* (territorial) o *de facto* (control efectivo), sino de que la actuación del Estado miembro constituya una aplicación del Derecho de la Unión (STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, as. C-617/10). Sin embargo, el control de las medidas de interceptación por parte del TJUE cuenta con un enorme inconveniente: al contrario de lo que sucede en el ámbito del TEDH, las personas físicas carecen de vías de recurso para impugnar actuaciones atribuibles a un Estado miembro ante el TJUE.

Estas dificultades a nivel europeo convierten a las vías nacionales para recurrir actuaciones materiales de la Administración en el instrumento más efectivo para que las personas afectadas por una medida de interceptación ejerzan sus pretensiones.

16. El análisis de la experiencia de la crisis migratoria ha puesto de manifiesto que, en numerosas ocasiones, los Estados miembros han sido incapaces de impedir por sí mismos la entrada irregular de migrantes en sus respectivos territorios y, por tanto, en el Espacio Schengen. Ello ha llevado al Parlamento Europeo y al Consejo a articular un procedimiento que permite reaccionar frente a aquellas situaciones en las que el control de las fronteras exteriores por parte de un Estado miembro sea tan ineficaz que pueda poner en peligro el funcionamiento del Espacio Schengen. En estos casos, la Unión Europea podrá imponer un refuerzo operativo, coordinado por la Agencia GEFC, en las fronteras exteriores de aquellos Estados miembros que, o bien no hayan solicitado dicho refuerzo voluntariamente pese a ser necesario, o bien no hayan subsanado las deficiencias detectadas previamente por la Agencia GEFC en sus fronteras exteriores.

De acuerdo con el esquema propuesto en nuestro trabajo, este mecanismo debe identificarse con una de esas potestades ejecutivas de la Agencia GEFC de naturaleza subsidiaria que se activan, ante un incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro, para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión.

La incorporación de personal estatutario de la Agencia GEFC con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo a los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas tiene un fundamento similar. Como se ha tratado de demostrar en nuestra investigación, el fin del monopolio de los Estados miembros en el ejercicio de potestades de control fronterizo tiene su origen en la falta de contribuciones nacionales a la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Ante esta quiebra del principio de solidaridad, derivada del incumplimiento de la obligación de aportar medios humanos, la opción del legislador europeo ha sido crear un cuerpo de guardias europeos propio y estable. De esta forma, se evita que la efectividad del Derecho de la Unión en materia de control fronterizo dependa de las contribuciones nacionales.

17. Si las dos innovaciones indicadas (imposición del refuerzo operativo y creación de un cuerpo de guardias europeos estable) se aplicaran al mismo supuesto de hecho (hasta el momento, hipotético), el resultado sería la irrupción de oficio de la Unión Europea en las fronteras exteriores de un Estado miembro, con sus propios guardias, para la ejecución material de la normativa de la Unión en materia de control fronterizo. Además de suponer una alteración significativa del ejercicio de potestades ejecutivas originariamente previsto en este ámbito, con ello se demostraría que la Agencia Frontex ha dejado de estar al servicio exclusivo de los Estados miembros, como ocurría en un principio, para ponerse a disposición del conjunto de la Unión. Ello justifica que podamos afirmar la existencia de una inequívoca tendencia hacia la comunitarización en la ejecución material del control fronterizo.

Para entender en toda su amplitud la importancia de esta conclusión debe tenerse en cuenta: en primer lugar, y como hemos repetido, que el control fronterizo había sido hasta ahora un ámbito tradicionalmente reservado a los Estados miembros por su vinculación con el mantenimiento de su seguridad interior y orden público; y, en segundo lugar, que se trataría del primer ámbito no intergubernamental en el que la Unión ejerce directamente competencias ejecutivas que implican el uso de la fuerza.

18. Esta tendencia hacia la comunitarización del control de las fronteras exteriores de la Unión Europea, cuya existencia damos por probada, permite dotar de sentido a

otras muchas previsiones normativas. En particular, podemos concluir que los siguientes mecanismos también son manifestaciones de esta tendencia:

- La posibilidad de que el Consejo pueda acordar una decisión dirigida a un Estado miembro requiriéndole para que adopte medidas para subsanar las deficiencias en la gestión de su frontera detectadas por el Mecanismo de Evaluación Schengen.
- La previsión de reaccionar contra aquellos Estados miembros que no adopten las medidas requeridas por el Consejo relativas a la corrección de las deficiencias detectadas en sus fronteras por el Mecanismo de Evaluación Schengen o a la cooperación con la Agencia GEFC para el despliegue de un refuerzo operativo preceptivo. En concreto, la no ejecución de dichas medidas puede llevar aparejada una recomendación del Consejo dirigida a los Estados miembros vecinos del Estado incumplidor para que procedan al restablecimiento de sus controles fronterizos con este último. Es decir, se impondría una especie de «sanción» (en sentido impropio) al Estado incumplidor al excluirlo del Espacio Schengen y limitar el ejercicio del derecho a la libre circulación de sus ciudadanos. Esta posibilidad supone una innovación radical respecto al régimen del restablecimiento de controles fronterizos entre Estados miembros pues, originariamente, este restablecimiento solo podía ser acordado por los Estados miembros, no derivado de una recomendación del Consejo.
- El hecho de que, no solo el Consejo (a través del Mecanismo de Evaluación Schengen), sino también la propia Agencia GEFC pueda adoptar decisiones vinculantes dirigidas a aquellos Estados miembros que, a raíz de un análisis de vulnerabilidad llevado a cabo por ella misma, desvelen deficiencias en el control de sus fronteras exteriores. Es decir, estas decisiones pueden adoptarse tanto por un órgano intergubernamental (el Consejo), como por un órgano supranacional (Agencia GEFC).
- El cambio de interlocutor para configurar la cooperación operativa entre la Agencia GEFC y terceros Estados en materia de control fronterizo. Hasta el año 2016, el despliegue de operaciones conjuntas en el territorio de un tercer país únicamente era posible a través de la inclusión de disposiciones relativas a la participación de la Agencia Frontex en los acuerdos bilaterales firmados entre un Estado miembro y ese tercer Estado en materia de control fronterizo.

Tras un periodo de transición de tres años en el que se contempló un régimen de cooperación dual (Estados miembros - terceros Estados y Agencia GEFC - terceros Estados), desde la aprobación del Reglamento GEFC 2019, los acuerdos bilaterales han sido sustituidos por la cooperación directa Agencia GEFC - tercer Estado. Esta cooperación directa se materializa en los denominados «Acuerdos sobre el estatuto», los cuales adoptan la forma de Acuerdos Internacionales entre la Unión Europea y el tercer Estado en cuestión.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el análisis realizado en esta investigación, los acuerdos bilaterales Estados miembros – terceros Estados adolecían de importantes carencias en lo que respecta a su publicidad y que el régimen jurídico de la vigilancia fronteriza está más desarrollado a nivel de la Unión que a nivel estatal, se puede concluir que la opción por los «Acuerdos sobre el estatuto» supone una mejora de las garantías aplicables a las operaciones desplegadas en territorios de terceros Estados.

- La planificación del progresivo incremento del brazo ejecutivo de la Agencia GEFC. De los 10.000 agentes que conformarán el cuerpo permanente de la GEFC en 2027, un 30% serán personal estatutario de la Agencia (el doble de la proporción prevista para 2021).

De acuerdo con nuestra propuesta teórica, todos los cambios enumerados, aparentemente desconectados entre sí, alcanzan su pleno sentido si se contemplan como distintas manifestaciones del proceso de comunitarización de la vigilancia de las fronteras de la Unión Europea.

19. La existencia de funcionarios de la Unión con competencias ejecutivas en materia de control fronterizo ha puesto de manifiesto que la comunitarización del control de las fronteras de la Unión también tiene sus riesgos si no va acompañada de modificaciones complementarias en otros sectores. El análisis de las vías de recurso frente a las actuaciones del personal estatutario de la Agencia GEFC permite concluir que, actualmente, no existe la posibilidad de denunciar ante el TJUE las posibles vulneraciones de derechos humanos que puedan derivarse de tales actuaciones. Por un lado, estas actuaciones, de carácter material, no constituyen actos administrativos, por lo que exceden del objeto del recurso de anulación. Por otro lado, el problema no se subsana por el hecho de que el Estado

miembro anfitrión responda patrimonialmente por las actuaciones del personal estatutario, pues las pretensiones en esa sede son distintas de las relativas al control de legalidad de una determinada actuación. Además, el hecho de que el refuerzo operativo pueda ser impuesto a un Estado miembro es incompatible con la idea de que este último responda por las actuaciones de unos guardias fronterizos cuya presencia en su territorio no ha solicitado.

20. Finalmente, frente a la comunitarización de la ejecución operativa del control fronterizo, nuestra investigación ha detectado algunas manifestaciones de las reticencias de los Estados miembros frente a esta evolución. Entre ellas pueden citarse: el hecho de que la colaboración del Estado miembro anfitrión en casos de imposición de un refuerzo operativo sea *conditio sine qua non* para poder implantar las medidas de forma efectiva; las continuas negativas de los Estados miembros a que sea la Comisión, en lugar del Consejo, quien adopte la decisión mediante la que se requiere a uno de ellos a que adopte determinadas medidas en sus fronteras exteriores; y la circunstancia de que el personal estatutario de la Agencia GEFC únicamente pueda actuar bajo las instrucciones del Estado miembro anfitrión y, por regla general, en presencia de sus autoridades. No obstante, a nuestro entender, el título habilitante de la Unión para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores tiene la suficiente amplitud y potencialidad como para no dudar de que, en el futuro, estos resquicios de intergubernamentalidad quedarán en el olvido.

## CONCLUSIONS

1. Although in the mid-20<sup>th</sup> century the founding treaties of the then European Communities had already proclaimed the principle of free movement, the Member States within them continued to carry out controls at their own borders. The obstacle posed by the slow integration process to achieving the aim of a common market led several of these Member States to initiate intergovernmental cooperation separately from the European Communities. This cooperation resulted in the Schengen Agreements and their Implementing Convention, which made it possible to put into practice the principle of free movement between the Member States forming part of the Schengen Area.

The subsequent incorporation of the Schengen acquis into EU Law encouraged the Member States to jointly regulate the compensatory measures for free movement, for which it was essential to confer certain competences on the European Union. For the purposes of this study, the main consequence of this conferral was the birth of a Common Policy on border controls. The subject of this thesis —border surveillance— is one of the most important compensatory measures for free movement and as such it is one of the pillars of the aforementioned policy.

2. The migration crisis that began following the Arab Spring in 2011 has had a great impact on the surveillance activity carried out at the European Union's external borders. As a result of this migration crisis, the Schengen Area has become the backdrop to a contest between every Member State's right to determine who can enter its territory and the human rights of the migrants seeking to enter it. Regardless of the channel of entry, as has been shown throughout this work, it is essential to differentiate the reasons that lead emigration to determine the legal regime applicable in each case. This is one of the main challenges for Member States on exercising the power of border surveillance. The doctrine has focused mainly on highlighting that by ignoring the mixed nature of migration flows and applying the same interception measures to international protection applicants as to those migrating for other causes, there are devastating consequences on the former's internationally recognized rights. One of the main results of this research is the verification that there is also a flip side to this phenomenon: an abuse of the

rights associated with international protection applicants by those migrating in search of improving their living conditions.

3. The aforementioned migration crisis has also brought about substantial changes to the original European model of borders. The principles and processes inherent in European integration gave rise to a border model that does not have the characteristics traditionally associated with the definition of a border and, as a consequence, the activity of border surveillance itself underwent a similar fate. The main feature of the European border model is that the border controls are no longer at the border between Member States but at the Schengen Area's external borders, so a Member State's geographical border may not coincide with the place where the control is carried out. Hence, when Member States monitor their borders with third States, they are also monitoring *de facto* the external borders of the other Member States belonging to the Schengen Area. However, an analysis of the Member States' established practices as regards border surveillance apparently shows that this European border model as described so far by scientific doctrine is incomplete, since it has not paid attention to a factor that has led to a mutation of the original model: immigration.

In our opinion, the constant influx of migratory flows in recent years has led to a change in the concept of control over the European Union's external border that necessarily means a transformation of the European model of borders initially envisaged in EU law. The mixed nature of the migratory flows and the legal consequences deriving from it (e.g. the application of different legal regimes, the different administrative procedures for asylum seekers and irregular migrants, the difficulty in implementing the decisions on the return and removal processes, and more) have led Member States to try to avoid having to distinguish between those who deserve international protection and those who should be returned to their country of origin. For this reason, the Member States have proceeded to de-territorialize control of the external border, which has occurred in two different ways: firstly, they have transferred the controls beyond their external borders to a space where the rules on asylum and immigration are not applicable (extra-territorialisation of border controls); secondly, they have denied the presence in their territory of those who are physically there, which means an exception to the territorial scope of such rules (internal de-territorialisation of border controls). Based on the above, in our opinion the new European border model not only



implies a physical separation between the border as a geographical line (internal EU border) and the spot where the border control takes place (external EU border), but also a dissociation between the place where the border control is supposedly performed and the place where it is actually physically performed. The European Union's external borders thus become operational borders that follow functional rather than geographical criteria.

Although the EU acquis on border control has been adapted to this new model, taking into account extraterritorial implementation of surveillance activity, the lack of a similar adaptation for asylum matters makes such surveillance incompatible with respect for international protection applicants' human rights. Thus, a coherent update is necessary for the Common Policy on border controls, asylum and immigration established in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

4. Within the Common Policy on border controls, this research has concentrated on studying the "compensatory or accompanying" objectives for free movement: controlling the EU's external borders and the gradual introduction of an integrated management system for them. Together, the two goals make up a kind of sub-policy within the border control policy that we could call the «Common Policy on management of the EU's external borders». The latter, like the policy from which it arises, is a shared one, which is why the EU has been conferred the necessary legislative competences to achieve the aforementioned objectives.

When the sole objective of accompanying free movement was to control the external borders, given that implementing this was essentially the responsibility of the Member States in accordance with the principle of subsidiarity and the reserve of national legislation as regards public order and security, the doctrine interpreted that we were dealing with the classic indirect model of implementing EU law. However, since the goal of gradually establishing an integrated border system was introduced in the TFEU and the European Union therefore took on a wide variety of executive powers regarding border control through the Frontex Agency (now European Border Coast Guard Agency or EBCG Agency), the model of indirect implementation has become obsolete.

In order to try to clarify this coexistence of executive powers between the EBCG Agency and the Member States in matters of border control, in this study we have developed an alternative to the dichotomous model for implementing EU law. Our

starting point is to be found in the distinction that FUENTETAJA makes based on the CJEU's case-law between «acts of individual application» and «general implementing rules». Based on this, we have distinguished between «regulatory powers» in relation to the implementation side, which consist of drafting rules for applying legislative acts from EU Law; and «operational powers», which include any application of a specific rule of EU law to a particular situation. However, this classification is still not enough to understand the complexity of the framework of executive powers in matters of border control. After analysing these executive powers, it has been concluded that within the «operational powers» it is possible to distinguish between «declarative operational powers» and «material operational powers». Whereas the former give rise to juridical acts (e.g. decisions by the EBCG Agency that are binding on the Member States), the latter give rise to acts of a material nature (border inspection and surveillance).

The main advantage of this proposed classification is that it enables us to understand regulations which according to the traditional models for implementing EU Law (direct implementation / indirect implementation) would seem to contain contradictory statements. The most representative example of this phenomenon is the 2019 European Border and Coast Guard Regulation (EBDG Regulation) which in one single precept states on the one hand that integrated border management should be implemented «as a shared responsibility of the Agency and the national authorities responsible for border management» while on the other that «Member States shall retain primary responsibility for the management of their sections of the external borders». According to the new classification that we are proposing, the precept can be interpreted as meaning that the Member States and the EBCG Agency should share the exercise of «regulatory powers» and «declarative operational powers», but the Member States would be exclusively responsible for exercising «material operational powers».

5. However, it just so happens that the exercise of material operational powers is no longer the exclusive responsibility of the Member States. This is demonstrated by the fact that, since the last reinforcement of the EBCG Agency's mandate was approved in 2019, part of its statutory staff have been assigned executive powers in matters of border control. This alteration in the traditional distribution of executive powers in matters of border control has come about for two reasons: firstly, the enormous scope and imprecision of the aforementioned objective

provided for in the TFEU concerning the gradual introduction of an integrated management system for external borders, which has given European Union legislature a broad margin of appreciation when defining the powers of the EBCG Agency; and secondly, the demonstrated inability of certain Member States to tackle the migration crisis.

As we have concluded in our study, it is deduced from this double rationale that the executive powers attributed to the EBCG Agency have a different basis. On the one hand, said Agency holds original operational executive powers (inherent in the policy itself in which they appear) that respond to the need for uniform implementation of EU law in border control matters (e.g. strategic planning of integrated management); and on the other, the EBCG Agency has subsidiary operational executive powers deriving from the inability of the Member States to exercise a power they originally had (e.g. the power to react to breaches or for mandatory operational reinforcement). In these latter cases in which there is a breach of the Member States' obligations under EU Law, the EBCG Agency's executive powers are activated in order to guarantee the effectiveness of EU law. The distinction we are putting forward between the reasons underlying the EBCG Agency's exercise of executive powers is essential in understanding the regulation of each one of those powers and its consequences on the sovereignty of the Member States

6. The attribution of «material operational powers» to the EBCG Agency is not the only consequence arising from the breadth and imprecision of the objective of establishing an integrated management system for the external borders. Our research has revealed that within this broadly enabling title, EU legislature have not only found implicit executive powers conferred on the EBCG Agency, but also implicit legislative competences conferred on the European Union.

*Approval of EU Regulation EU No. 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (EU Maritime Surveillance Regulation) implied that the EU would regulate the legal regime of rescue operations carried out within the context of sea surveillance operations coordinated by the EBCG Agency. Given that the TFEU has not conferred*

legislative competences on the EU in matters of sea rescue, we understand that EU legislature understood they were empowered by the existing link in practice between sea rescue and the surveillance of sea borders.

7. As regards border surveillance activity *stricto sensu*, as we have pointed out, until now the doctrine has focused on analysing the compatibility of this activity with the human rights of migrants. However, in our opinion the studies carried out addressed this problem by using an approach that, beyond denouncing a breach of international human rights protection regulations, did not allow solutions to be provided. When we began this investigation, we took as the basis the hypothesis that in order to solve the apparent incompatibility of the Member States' right to determine who enters their territory while observing migrants' human rights, it was necessary to carry out a detailed study of the activity of border surveillance. According to this hypothesis, the task of trying to make this activity compatible with respect for human rights would be helped by understanding the legal nature of border surveillance activity, the purposes it pursues, the principles that affect how it is exercised, its limits and the powers inherent in it.

The fact that the Schengen Borders Code devotes only the single Article 13 to regulation of border surveillance, limiting itself to listing its objectives, has been an obstacle in carrying out said study on border surveillance. Despite this, an analysis of the context in which this regulation arises has made it possible to determine that the EU legislature' choice on drafting said article responds to several causes: the enforcement of the principle of subsidiarity; Member States' reticence towards the European Union's exercise of «material operational executive powers» (due to their connection with public order and the Member States' internal security); and the need to have a concept of surveillance that is dynamic and flexible enough to be applicable to the borders of all Member States. The result of the conjunction of these influential factors makes border surveillance an activity where the principle of the Member States' procedural autonomy plays a particularly special role. However, the fact that on the basis of this principle Spain has not developed regulations for the activity of border surveillance, specifying its implementation and powers, has made it difficult to study this activity.

Taking into account these obstacles, the findings as regards border surveillance have been made by analysing both the Member States' practices at their external

borders and the extensive rules in EU Maritime Surveillance Regulation in this matter. The data provided by both sources of information confirm that the ultimate purpose of border surveillance is to protect free movement within the Schengen Area as well as public order and internal security in the Member States by imperatively creating regulations on access into the EU. We have thus been able to conclude that border surveillance falls within the administrative activity of restriction and more specifically within the activity of public order preservation. This affirmation has allowed us to apply the legal categories typical of the administrative activity of restriction to border surveillance. Furthermore, since surveillance has a twofold objective (to prevent irregular border crossings and to react to those who try to evade border inspections), we have distinguished within it two different activities to study their nature and their legal regime independently: detection and interception.

8. Detection is a specific form of an administrative inspection. This affirmation is based upon the powers inherent in said activity, on its material nature, on the way it complements other administrative activities (interception) and on its purpose being to verify compliance with the duties and conditions required to legally exercise a certain activity (entry into the Schengen Area). Secondly, by applying the categories typical in the activity of restriction to the activity of surveillance, we have been able to affirm that interception is nothing more than a form of administrative direct coercion measure whose purpose is to physically react against a breach of the aforementioned duties and conditions (which is represented by unauthorized border crossings), whether attempted or effectively committed. This analysis of border surveillance based on the classic legal categories typical of the administrative activity of restriction has revealed how detection and interception complement each other. Similarly, it has also enabled the legal nature of each one of them to be determined, as well as the principles that govern their implementation, the powers inherent in each activity and, most importantly, why there are so many interferences between interception and the regulations for the protection of human rights.
9. The Member States have scarcely approved rules regulating their border surveillance activity. In other words, they have not fully rolled out the procedural autonomy that EU law recognizes in this matter. This inactivity has been partly explained by a relaxation of the principle of legality inherent in public order

preservation activity, which includes border surveillance. This in turn has resulted in a proliferation of interception measures stemming from direct implementation of the surveillance mandate contained in article 13 of the 2016 Schengen Borders Code. By identifying these measures as a form of administrative direct coercion, we have been able to divide them into two categories: preventive reaction measures, aimed at preventing irregular entry attempts from being successful; and corrective reaction measures, which aim to restore legality once an unauthorized crossing has occurred.

10. Firstly, as regards preventive reaction measures, an analysis of the Member States' practices has revealed that the preventive interception measures (normally applied extraterritorially to make them more effective) are in effect a material denial of entry. As a result, they have started to replace the formal entry rejections arising from inspections made at purpose-built border crossing points. The lack of regulations regarding these means of interception (at both national and European levels) and the difficulty for judicial or administrative review of them, due to their material nature, leads to an increase in the margin of appreciation for the authorities entrusted with border surveillance that is directly proportional to the decrease in assurances for those affected by such measures. In our opinion, to make these practices compatible with the regulations on the protection of human rights, it would be necessary to prevent the resulting avoidance of European regulations in matters of aliens and asylum. This could be achieved in two different ways: either by making an analogous application of the guarantees provided in the Schengen Borders Code for extraterritorial border inspections, or by setting up a specific regime of guarantees for extraterritorial surveillance cases. The latter option is given by the so-called «maritime asylum procedure» regulated in the EU Maritime Surveillance Regulation, which provides the minimum procedural guarantees to ensure observance of the principle of non-refoulement in the context of sea surveillance operations coordinated by the EBCG Agency.
11. Secondly, corrective interception measures involve the material removal of migrants from a Member State's territory. As a result, it can be concluded that they have often effectively replaced the removal procedures regulated by the Return Directive and national regulations for the transposition of this Directive. This situation can be partly explained because corrective interception measures are more attractive to Member States than removal procedures. To justify applying

such measures, the Member States deny the presence in their territory of those who are already physically there, appealing to the concept of an operational border. This has happened, for example, in the Special Regime of Ceuta and Melilla, which is a procedure found in the Spanish Aliens Law.

The solution we provide to the problem for migrants' human rights arising from this replacement of removal procedures involves interpreting that Article 13 of the 2016 Schengen Borders Code establishes a closed list or *numerus clausus* of interception measures to be used with people who have made an irregular crossing. Consequently, we consider that in such cases the only possible action for Member States would be to apprehend the irregular migrant and take them to the nearest border crossing point. Once there, the corresponding procedure should be processed in accordance with the Return Directive or, if the national law so provides, the Return Directive does not have to be applied provided that minimum guarantees such as the principle of non-refoulement are observed.

12. Given the mixed nature of migratory flows (in which we can find both international protection applicants and migrants emigrating for other reasons), the proposed solution as regards corrective interception measures has several advantages. Firstly, it prevents the principle of non-refoulement from being breached and, if the Member State so provides, it could even proceed to urgently process international protection applications at the border crossing point itself, thus avoiding the delays involved in the ordinary procedures. Secondly, economic migrants are thus prevented from abusing the rights intended for international protection applicants.

One requirement for a right to be deemed to have been abused is that the person claiming it is guided by an illegitimate reason to exercise it. In the context of border surveillance, people who do not meet the requirements to apply for international protection but who exercise certain rights do so with the intention of cheating European regulations on border and immigration control. They do so firstly by avoiding their entry conditions being checked at the authorized border crossing point and, in a later phase, by bringing about the replacement of the procedure that would stem from a formal refusal of entry by another procedure that is much more difficult to carry out due to the supposition that the migrants are already in the Schengen territory. Considering that cheating the regulations on border control and aliens constitutes an illegitimate reason for exercising a right,

it has been concluded that certain rights of international protection applicants may be abused on being exercised by those who do not intend to apply for asylum in the European Union. Hence, taking such persons to the nearest border crossing point is an interception measure that allows the authorities to check if they meet the conditions to enter a Member State and, if not, to apply the procedure arising from a formal refusal of entry. In other words, the regulations and procedures they have attempted to evade will be applied.

13. In order to establish the latter proposal or any other with the same intentions, a legal reform would be essential. An analysis of the provisions that enable Member States to adopt interception measures reveals that there are only three such provisions: wide-ranging provisions regarding administrative measures to prevent breaches of public order; powers implicit in surveillance activity; and direct application of Article 13 of the 2016 Schengen Borders Code. Making these empowering provisions compatible with the principle of legality requirements when such provisions' common characteristic is their paucity in regulations is an extremely difficult task. Furthermore, this generalised lack of regulations may lead to serious injury to those for whom the measures are intended, since it fosters the border surveillance authorities' discretion on exercising the powers inherent in their activity.

The lack of comprehensive regulations could be justified in the event of administrative direct coercive measures when the intention is to preserve public order in the face of real or imminent serious disturbances. However, it is true that the lack of empowering provisions on a national level extends to cases in which there are doubts as to whether the danger of irregular entry is real or imminent, as in the case of preventive interception measures taken extraterritorially.

Given the varying circumstances in which these kinds of measures are taken, it is not possible to approve full, comprehensive regulations. As a result, the legislature' option should be to list some specific measures in national laws on aliens (as occurs in the Italian legal system). As an *ultima ratio* mechanism of last resort, some general subsidiary and residual empowerments could be added for cases not covered by the specific empowerments. In our opinion, this legislative technique of *numerus apertus* is the best way to reconcile the unique nature of the public order preservation activity with the principle of legality: on the one hand, it forces legislature to make some effort as regards approving regulations with



sufficient detail to cover most cases; and on the other, it grants the public Administration some margin of appreciation —albeit on an exceptional and subsidiary basis— for cases in which no power has been explicitly provided to prevent or halt a danger.

This solution would be equally applicable to Article 13 of the 2016 Schengen Borders Code, which could also be used as a valid empowering provision to adopt interception measures on a national level. To do so, the European Commission would need to take advantage of the possibility granted by the very same Article 13, Section 5 of the 2016 Schengen Borders Code to take on delegated acts to regulate additional measures as regards surveillance. Using the EU Maritime Surveillance Regulation for reference would help this possibility.

14. Using the EU Maritime Surveillance Regulation as a text for reference would mean it is necessary beforehand to correct deficiencies in the text that we have detected in our work. Firstly, the EU Maritime Surveillance Regulation provides for a series of procedural guarantees to prevent breaches in the principle of non-refoulement in surveillance operations coordinated by the EBCG Agency. However, the lack of means of appeal against interception measures leads to the conclusion that the so-called «sea asylum procedure» is an instrument of dubious effectiveness. Secondly, the EU Maritime Surveillance Regulation provides a residual rule that intercepted or rescued migrants may be disembarked into a Member State without offering them the possibility to oppose disembarking. On adopting this solution, EU legislature have used as their basis the mistaken presumption that all Member States respect the principle of non-refoulement. However, this is a questionable presumption considering that both the ECtHR (*MSS c. Greece and Belgium*, of 21 January, 2011, and *Tarhkel c. Switzerland*, of November 4, 2014) and the CJEU (Decision of 21 December, 2011, *NS and ME*, joined cases C-411/10 and C-493/10), have condemned Member States of the European Union who are recipients of migratory flows because their reception systems for asylum seekers were not compatible with respect for the principle of non-refoulement.
15. The material nature of interception measures greatly hinders jurisdictional control over them. Moreover, this is not the only hindrance to jurisdictional control over them. Our work has revealed significant deficiencies in the main instruments for the protection of human rights in the sphere of border surveillance.

In the case of the ECHR, these deficiencies are caused by the criterion used to determine whether a type of behaviour is attributable to a Member State party: the exercise of jurisdiction. It is true that the ECtHR's jurisprudence has equated effective control over a person or territory with the exercise of jurisdiction (*de facto* jurisdiction), which has prevented certain actions from avoiding the ECtHR's scrutiny by being carried out extraterritorially (Decision of 23 February, 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italy*). Nevertheless, we have been able to ascertain that there are numerous interception measures that cannot be examined by the ECtHR because they do not involve a *de facto* jurisdiction. We are referring, for example, to an order to divert a boat on the high seas.

This problem does not arise in relation to the Charter of the Fundamental Rights of the European Union (CFREU) since by virtue of the CJEU's case law, the CFREU's validity does not depend on finding that a jurisdiction has been exercised *de jure* (territorially) or *de facto* (effective control), but on whether the action by the Member State constitutes an application of EU Law (Decision of 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, case C-617/10). However, there is a huge drawback to control over the interception measures by the CJEU: contrary to what occurs in the scope of the ECtHR, natural persons lack remedies to challenge actions attributable to a Member State via the CJEU.

These difficulties on a European level make national remedies for appealing against material actions by a national Administration the most effective instrument for people affected by an interception measure to exercise their claims.

16. An analysis of the experience of the migratory crisis shows that on numerous occasions the Member States have been unable by themselves to prevent an irregular entry of migrants into their territories and therefore into the Schengen Area. This has led the EU legislature to articulate a procedure that enables the EU to react to situations in which a Member State's control over external borders is so ineffective that it may jeopardize the functioning of the Schengen Area. In such cases, the European Union may impose an operational reinforcement coordinated by the EBCG Agency at the external borders of Member States that have either not voluntarily requested such reinforcement even though it is necessary, or have not remedied the deficiencies detected previously by the EBCG Agency at its external borders.

According to the system put forward in our work, this mechanism must be identified with one of those executive powers of the EBCG Agency of a subsidiary nature that are activated in the event of a Member State breaching its obligations, in order to ensure the effectiveness of EU Law.

A similar basis is behind incorporating statutory staff from the EBCG Agency with executive powers in border control into the teams of the European Border Coast Guard. As we have attempted to demonstrate in our research, the end of the Member States' monopoly on exercising border control powers originated in the lack of contributions from Member States to the European Border Coast Guard. Faced with this breakdown in the principle of solidarity deriving from a breach of the obligation to provide human resources, the European legislature have opted to create a stable corps of European guards. Thus, EU law's effectiveness as regards border control no longer depends on national contributions.

17. If the two innovations mentioned (imposing operational reinforcement and deploying statutory staff from the Agency in a Member State's external borders) were actually applied to the same supposition if it were real (so far it is hypothetical), the result would be an *ex-officio* incursion by the European Union at a Member State's external borders, with its own guards, in order to enforce EU regulations regarding border control. This would mean a significant alteration in exercising executive powers compared to what was originally envisaged in this sphere, thereby demonstrating that the Frontex Agency has ceased to be exclusively at the service of the Member States as was originally the case, placing itself at the disposal of the EU as a whole. This is why we can affirm that there is an unmistakable trend towards communitisation of the material operational powers regarding border control.

In order to fully understand the scope of this conclusion's importance, it must be borne in mind firstly, as we have insisted, that border control has until now been an area traditionally reserved for Member States due to its connection with maintaining their interior security and public order; and secondly, that it would be the first non-intergovernmental area in which the EU directly exercises executive powers involving the use of force.

18. This trend towards communitisation of control over the European Union's exterior borders, which we consider to have been proven, helps understand the rationale

behind many other regulatory provisions. In particular, we can conclude that the following mechanisms are also manifestations of this trend:

- The possibility that the Council may make a decision addressed to a Member State requiring it to take measures to remedy deficiencies in the management of its border detected by the Schengen Evaluation Mechanism.
- The provision to react against Member States that do not take the measures required of them by the Council to remedy deficiencies detected on its borders by the Schengen Evaluation Mechanism, or to cooperate with the EBCG Agency to roll out a mandatory operational reinforcement. Specifically, failure to implement such measures may entail a recommendation from the Council addressed to the Member States neighbouring the non-compliant Member State for them to re-establish their own border controls with that Member State. In other words, a kind of «sanction» (in an improper sense) would be imposed on the non-compliant Member State by excluding it from the Schengen Area and restricting its citizens' exercise of the right to free movement. This possibility implies a radical innovation in the regime for re-establishing border controls between Member States, since originally such a re-establishment could only be agreed by the Member States, not derived from a Council recommendation.
- The fact that not only the Council (via the Schengen Evaluation Mechanism) but also the EBCG Agency itself can take binding decisions intended for Member States found to have deficiencies in controlling their exterior (EU) borders following an analysis of vulnerability carried out by said agency. In other words, such decisions can be taken either by an intergovernmental body (the Council) or by a supranational body (EBCG Agency).
- A change in interlocutor for organising the operational cooperation between the EBCG Agency and third States in the matter of border control. Until 2016, the deployment of joint operations in a third country's territory was only possible by including provisions concerning the Frontex Agency's participation on drafting the bilateral agreements signed between a Member State and the third State in border control matters. After a transition period of three years in which a regime of dual cooperation was considered (Member States with third States, and the EBCG Agency with third States), since Regulation EBCG 2019 was approved the bilateral agreements have been

replaced with direct cooperation between the EBCG Agency and the third State. This direct cooperation materialised in the so-called «Status agreements», which take the form of international agreements between the EU and the third state in question.

Furthermore, taking into account that according to the analysis carried out in this study the bilateral agreements between Member States and third States had significant deficiencies as regards publishing them, and that the legal regime for border surveillance is more developed at the EU level than at the state level, it can be concluded that the option for «Status agreements» represents an improvement in the guarantees applicable to operations rolled out in third States' territories.

- Planning for a progressive increase in the EBCG Agency's executive arm. Of the 10,000 agents who will make up the EBCG's permanent corps in 2027, 30% will be statutory staff of the Agency (double the proportion expected for 2021).

According to our theoretical proposal, although all of the changes listed are apparently unconnected to each other, their full significance can be understood when they are seen as different manifestations of the same process of communitising the surveillance of the European Union's borders.

19. The existence of EU civil servants with executive powers in matters of border control has shown that the communitisation of control over the EU's borders also has its risks if it is not accompanied by complementary modifications in other sectors. By analysing the remedies against the actions of the statutory staff from the EBCG Agency, we can conclude that today there is no possibility of challenging via the CJEU the possible human rights violations that may arise from such actions. On the one hand, such actions of a material nature are not an EU act in the sense of Article 263 of the TFEU and therefore fall beyond the scope of an action for annulment. On the other, the problem is not remedied by the fact that the host Member State may be held liable for the actions of the statutory staff, since the intentions in this regard are different from those concerning control over the legality of a certain action. Moreover, the fact that an operational reinforcement can be imposed on a Member State is incompatible with the idea

that the latter is responsible for the actions of border guards whose presence in its territory it has not requested.

20. Finally, in view of the communitisation of the operational implementation of border control, our research has detected some examples of Member States' reluctance as regards this development. These include: the fact that collaboration from the host Member State in the event of operational reinforcement being imposed on it occurs as a *conditio sine qua non* in order to introduce measures effectively; the continual refusals from Member States for the European Commission rather than the Council to be the body that takes the decision by which one of the Member States should adopt certain measures on its exterior EU borders; and the circumstance that the EBCG Agency's statutory staff may only act under the instructions of the host Member State and as a general rule in the presence of the Member State's authorities. Nevertheless, we understand that the EU's empowering provision to progressively establish an integrated system for managing the external borders is sufficiently broad and powerful for there to be no doubt that in future such remnants in inter-governability will be a thing of the past.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, Joana, «La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, pp. 119-158.
- ACOSTA PENCO, Teresa, «La multa coercitiva y la suma a tanto alzado en el recurso por inejecución de sentencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 92, 2015. pp. 137-162.
  - «Los nuevos límites a la libre circulación de turistas en la Unión Europea», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, Vol. 2, n.º 3, 2016, pp. 27-40.
  - «Primer caso de restablecimiento de los controles fronterizos en circunstancias excepcionales que ponen en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen: comentario a la Decisión de ejecución 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, pp. 252-273.
  - «La Guardia Europea de Fronteras y Costas, ¿un nuevo Frontex?», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, enero-junio 2018, pp. 86-101.
  - «Fronteras más allá de las fronteras. Inspecciones fronterizas extraterritoriales, controles yuxtapuestos, preclearance y la supresión de la protección internacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México* (Universidad Autónoma), Tomo LXIX, n.º 275, septiembre-diciembre 2019, pp. 361-388.
  - «Vigilancia fronteriza extraterritorial y derecho de asilo en la UE. Cuando el desplazamiento de la frontera difumina la protección internacional», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, 2020, pp. 135-151.
- ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, «La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras-Frontex y el control marítimo de la inmigración clandestina», *Tiempo de paz*, n.º 83, 2006, pp. 19-30.
  - *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Reus, Madrid, 2016.

- «Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?», *Documento Opinión 111/2019 para el Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2 de diciembre de 2019 [Disponible en: [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2019/DIEEEEO111\\_2019ACOSTA\\_Frontex.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2019/DIEEEEO111_2019ACOSTA_Frontex.pdf) (Consultado por última vez el 26/08/2020)].
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990.
- ALAMILLO CANILLAS, Fernando, *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1962.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, «El "non bis in idem" como principio general del derecho administrativo», en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 387-426.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ANTÓN GUARDIOLA, Carmen, «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, *Bosphorus Airways*, 45036/98- Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, septiembre/diciembre 2007, pp. 943-957.
- ARLETTAZ, Fernando, «Espacio Schengen: Un delicado balance entre fronteras interiores y fronteras exteriores», *Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza*, diciembre de 2015 [Disponible en: <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/espacio-schengen-un-delicado-balance-entre-fronteras-interiores-y-fronteras-exteriores.html> (Consultado por última vez el 17/07/202)].
- ARRIAGA RODRÍGUEZ, Juan Carlos, «El concepto jurídico de frontera», en ARRIAGA RODRÍGUEZ, Juan Carlos y CAMAL CHULEJA, Tania (Compiladores), *Memorias XII Seminario Internacional de Verano Caribe, Economía, Política y Sociedad*, Universidad de Quintana Ro, México, 2011, pp. 471-490.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.



- «Abuso de Derecho y Derechos Fundamentales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 18, 2011, pp. 50-59.
- BACHE, Ian, BULMER, Simon, GEORGE, Stephen & PARKER, Owen, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BALDACCINI, Annelise, «Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex Operations at Sea», en RYAN, Bernard, y MITSILEGAS, Valsamis (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, pp. 225-251.
- BANK, Roland, «Article 11 (Refugee Seamen/Gens de Mer Réfugiés)», en ZIMMERMANN, Andreas (Ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 856-859.
- BARCELONA LLOP, Javier, «El régimen jurídico de la policía de seguridad. Un estudio de derecho administrativo», IVAP, Oñati, 1988.
  - «Coacción administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado y Convenio Europeo de Derechos», *Revista de Administración Pública*, n.º 179, 2009, pp. 187-218.
  - «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1807-1850.
  - «Protección internacional y tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016, pp. 87-121.
- BARNES, Richard, «The international Law of the Sea and migration control», en RYAN, Bernard, y MITSILEGAS, Valsamis (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, pp. 100-146.
- BATTISTA, Gianluca, «La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare», *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n.º 3/2011 [Disponible en: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Battista\\_la\\_collaborazione.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Battista_la_collaborazione.pdf). (Consultado por última vez el 23/07/2020)].

- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, *El uso de la fuerza en el derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2019.
- BERMEJO VERA, José, «La administración inspectora», en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El derecho administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1253-1270.
- BESSON, Samantha, «The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to», *Leiden Journal of International Law*, n.º 25, 2012, pp. 857-884.
- BIGO, Didier, *Polices en Réseaux. L'Expérience Européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, pp. 227-232.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Lección 7: La coacción administrativa. Ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. La coacción directa», en CANO CAMPOS, Tomás (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Vol. 3, Tomo 1, La actividad de las administraciones públicas: la forma*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 215-235.
- BOESCH-KOHLER, Nathalie, «La participación de Suiza en los acuerdos de la unión europea de Schengen, Dublín, Frontex y Europol», *Foro- Nueva época*, Vol. 18, n.º 2, 2015, pp. 233-247.
- BOSKOVITS, Kosmas, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Sakkoulas/Bruylant, Athènes/Bruxelles, 1999.
- BUENO ARMIJO, Antonio, «El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», en EZQUERRA HUERVA, Antonio, y OLIVÁN DEL CACHO, Javier (Dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 583-648.
  - «Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea», en REBOLLO PUIG, Manuel, y VERA JURADO, Diego J. (Coords.), *Derecho Administrativo, Tomo I, Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 425-449.
- BUENO DELGADO, Juan Antonio, «Del limes romano al Espacio Schengen», en DELGADO BARRIOS, Almudena (Coord.), *Conflictos y cicatrices, fronteras y migraciones en el mundo hispánico*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 51-70.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, «Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro», *Foro Nueva época*, Vol. 15, n.º 2, 2012, pp. 157-183.
- BUSUIOC, Elena Madalina, *European Agencies. Law and Practices of Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BUZAN, Barry, et al., *Security: A New Framework for Analysis*, Reinner, Lynne, 1998.
- CAFLISCH, Lucius, «Attribution, Responsibility and Jurisdiction in International Human Rights Law», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2017, n.º 10, pp. 161-203.
- CAMPESI, Giuseppe, «The Arab Spring and the Crisis of the European Border Regime: Manufacturing Emergency in the Lampedusa Crisis», *European University Institute Working Paper RSCAS*, n.º 59, 2011 [Disponible en: [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/19375/RSCAS\\_2011\\_59.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/19375/RSCAS_2011_59.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
- CAMPINS ERITJA, Mar, «Capítulo V: El ordenamiento jurídico comunitario: Fuentes», en VILÁ COSTA, Blanca (Dir.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 2011, pp. 105-126.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa, «Lección 9: La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales», en REBOLLO PUIG, Manuel, y VERA JURADO, Diego J. (Dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo I Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 267-307.
- CARDIEL OJER, Cándido, «La frontera exterior: una aproximación al problema de la inmigración ilegal», *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 35, 2007, pp. 63-81.
- CARLING, Jørgen, «Migration Control and Migrant Fatalities at the Spanish-African Borders», *International Migration Review*, n.º 41(2), pp. 316-343.
- CARRERA, Sergio, «Frontier Controls in the European Union: Who is in control?», en BIGO, D., y GUILD, E., *Controlling Frontiers: Free Movement into and within Europe*, Farnham: Ashgate Publishing, 2005, pp. 49-99.
  - «Towards a Common European Border Service? », Policy Contribution for Centre for European Policy Studies (CEPS), 2010 [Disponible en:

- <https://www.ceps.eu/ceps-publications/towards-common-european-border-service/> (Consultado por última vez el 16/07/2020)].
- CARRERA, Sergio; GUILD, Elspeth; MERLINO, Massimo and PARKIN, Joanna, «A Race against Solidarity. The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair», *CEPS Research paper*, April 2011, Brussels [Disponible en: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/race-against-solidarity-schengen-regime-and-franco-italian-affair/> (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
  - CARRERA, Sergio, y DEN HERTOOG, Leonhard, «A European Border and Coast Guard: Fit for Purpose?», *CEPS Commentary*, 24 de febrero de 2016 [Disponible en:  
  
<https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2016/02/SCandLvH%20EBCG.pdf>  
(Consultado por última vez el 26/07/2020)].
    - «A EBCG. What's in a name? », *CEPS Research Paper*, 8 de marzo de 2016 [Disponible en: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-border-and-coast-guard-whats-name/> (Consultado por última vez el 16/07/2020)].
  - CARRILLO CARRILLO, Beatriz L., «Cuestiones prácticas relativas a las condiciones de entrada de los extranjeros en España», *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), n.º 23, 2005 [Disponible en:  
  
<https://revistas.um.es/analesderecho/article/download/56701/54671/>  
(Consultado por última vez el 15/07/2020)].
  - CASTÁN PINOS, Jaume, *La fortaleza Europea: Schengen, Ceuta y Melilla*, Tesis Doctoral, Instituto de Estudios Ceutíes, Ceuta, 2014 [Disponible en:  
  
[https://www.academia.edu/12124453/La\\_Fortaleza\\_Europea\\_Schengen\\_Ceuta\\_y\\_Melilla](https://www.academia.edu/12124453/La_Fortaleza_Europea_Schengen_Ceuta_y_Melilla) (Consultado por última vez el 14/07/2020)].
  - CHITI, Edoardo, «The emergence of a Community Administration: The case of European Agencies», *Common Market Law Review*, n.º 37, 2000, pp. 309-343.
  - CHURCHILL, Robin, y LOWE, Vaughan, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, Manchester, 1983.
  - CLAYTON, Gina, «The UK and Extraterritorial Immigration Control: Entry Clearance and Juxtaposed Control», en RYAN, Bernard, y MITSILEGAS, Valsamis,

- Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, pp. 391-423.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Responsabilidad Patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015.
  - CONDE PÉREZ, Elena, «TEDH- Sentencia de 28.02.2008, *Saadi c. Italia*, 37201/06- artículo 3 CEDH- Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes- Terrorismo v. Tortura», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 32, 2009, pp. 275-290.
  - CONSTANTINESCO, Vlad, « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne», *Aussenwirtschaft*, 1991, pp. 207-227.
  - COPPENS, Jasmine, and SOMES, Eduard, «Towards new rules on Disembarkation of person rescued at sea? », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, n.º 25, 2010, pp. 377-403.
  - CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 20.5º», en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 195-196.
  - CRAWFORD, James, «Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009 [Disponible en: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ario/ario\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ario/ario_s.pdf) (Consultado por última vez el 18/08/2020)].
  - DAVIES, Martin, «Obligations and implications for the ships encountering persons in need of assistance at sea», *Pacific Rim Law and Policy Journal Association*, Vol. 2, nº 1, 2003, pp. 109-141.
  - DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Abuso de derecho», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO, Luis M. y CODERCH, Pablo Salvador (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 57-71.
  - DE BOER, Tom, «Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection», *Journal of Refugee Studies*, Vol. 21, n.º 1, 2015, pp. 118-134
  - DE BRUYCKER, Philippe, «The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic», *European Papers*, Vol. 1, 2016, n.º 2, pp. 559-569.
  - DE CASTRO y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 2008.

- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DE QUADROS, Fausto, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004.
- DE SENA, Pasquale, «The Notion of “Contracting Parties” Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR», *Italian Yearbook of International Law* 2010, Martinus Nijhoff, Boston, 2011, pp. 75 - 79.
- DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, «Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12, 2002, pp. 1637-1661.
  - «Control de Fronteras y Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7, 2003 (Ejemplar dedicado a: Movimientos migratorios y Derecho), pp. 67-92.
  - «Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 9, 2005 [Disponible en:  
  
[http://www.reei.org/index.php/revista/num9/archivos/delVALLE\\_Alejandro.pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num9/archivos/delVALLE_Alejandro.pdf) (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
  - «España- Marruecos: una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por la Unión Europea – Panorama con propuestas», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 14, 2007.
  - «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, 2016, pp. 759-777.
  - «Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 38, 2016 [Disponible en:  
  
<https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18541/RGDEUR-EDITORIAL-CRISIS-MIGRATORIA-38-2016-PUBLICADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
- DEN HEIJER, Maarten, «Europe Beyond its borders: Refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control», en RYAN, Bernard, y

- MITSILEGAS, Valsamis, (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, pp. 163-194.
- «How the Frontex Sea Borders Regulation avoids the hot potatoes» [submitted to the *European Union Studies Association (EUSA) Biennial Conference 2015* (14th), March 4-7], Conference Proceedings, 2015 [Disponible en: <http://aei.pitt.edu/78991/> (Consultado por última vez el 21/07/2020)]
  - DI FILIPPO, Marcelo, «Irregular Migration across the Mediterranean Sea: problematic issues concerning the international rules safeguard of life at sea», *Paix et sécurité internationales*, n.º 1, 2013, pp. 53-76.
    - DI FILIPPO, Marcello, «Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, 2020, n. 2, en prensa.
  - DÍAZ BARRADO, Castor Miguel, «Capítulo II: Ciudadanía, Derechos Humanos y Valores en el Tratado de Lisboa», en FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DÍAZ BARRADO, Castor Miguel (Dirs.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 81-164.
  - DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2004.
  - DÍEZ-PICAZO, Luis M., «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974, pp. 1327-1345.
  - DONAIRE VILLA, Francisco Javier, *La Constitución y el Acervo Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
  - DOVER, Robert, «Towards a Common EU Immigration Policy: a securitization too far», *European Integration*, Vol. 30, n.º 1, 2008, pp. 113-130.
  - ELVIRA PERALES, Ascensión, «Libertad de circulación comunitaria y orden público en España», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 30, 2007 [Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/801/856> (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
  - ESTEVE, Francina, «The search and rescue task coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) regarding surveillance of external maritime borders», *Paix et sécurité internationales*, n.º 5, 2017, pp. 93-116.

- FAVILLI, Chiara, «L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall' inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione», *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 94, n.º 3, 2011, pp. 693-730.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La actividad administrativa de inspección. Régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ ROJO, David, «Reglamento 2016/1624: de Frontex a la Guardia Europea de Fronteras y Costas», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, pp. 223-251.
- «Los poderes ejecutivos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 60, 2020, pp. 181-185.

Disponible en: <https://doi.org/10.2436/rcdp. i60.2020.3385> [Consultado por última vez el 06/08/2020].

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto», en BAÑO LEÓN, José María (Coord.), *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 353-378.
- FINK, Melanie, «Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding “Technical Relationships”», *Merkourios-Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 28, Issue 75, 2012, pp. 20-35.
  - *Frontex and Human Rights. Responsibility in “Multi-Actor Situations” under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- FRELICK, Bill, «Abundantly Clear: Refoulement», *Georgetown Immigration Law Journal*, n.º 19 (2004-2005), pp. 245-275.
- FREUDENSTEIN, Roland, «Río Odra, Río Buh: Poland, Germany, and the Borders of Twenty-First-Century», en ANDREAS, Peter, y SNYDER, Timothy (Eds.) *The Wall Around the West. State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*, Rowman & Littlefield, Oxford, 2001, pp. 173-184.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «Las Agencias Ejecutivas de la Comisión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 6, 2004 (Ejemplar dedicado a: La gobernanza Europea), pp. 123-160.



- *La Administración Europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, Thompson Civitas, Pamplona, 2007.
- «El poder ejecutivo europeo», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 18, 2010 (Ejemplar dedicado a: Sobre el tratado de Lisboa: algunas perspectivas críticas), pp. 121-150.
- «Del "derecho a la buena administración" al derecho de la Administración europea», *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 51, 2014 (Ejemplar dedicado a: Buena administración en la Unión Europea), pp. 19-43.
- «Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 5, 2018, pp. 93-106.
- GALERA RODRIGO, Susana, *La aplicación administrativa del derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1998.
- GALLO COBIÁN, Virginia, «El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional», *RJUAM*, n.º 16, 2007-II, pp. 71-97.
- GAMMELOFT- HANSEN, Thomas, «The Refugee, the Sovereign and the Sea: EU interdiction Policies in the Mediterranean», *DIIS Working Paper* n.º 2008/6. [Disponible en:  
  
<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/44650/1/560120990.pdf> (Consultado por última vez el 23/07/2020)].
- *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of migration control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Derecho Civil de España. I. Parte General*, Servicio de Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
- GARCÍA ANDRADE, Paula, «Extraterritorial Strategies to tackle irregular migration by sea: a Spanish perspective», en RYAN, Bernard, y MITSILEGAS, Valsamis (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, pp. 305-340.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Pamplona, 2015.

- GARCÍA SACRISTÁN, Víctor Manuel, *Importancia de la gestión de las fronteras para la paz y seguridad, contribución de la Guardia Civil*, Tesis doctoral, UNED, Madrid, 2015 [Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Vmgarcia/GARCIA\\_SACRISTAN\\_VictorManuel\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Vmgarcia/GARCIA_SACRISTAN_VictorManuel_Tesis.pdf) (Consultado por última vez el 16/07/2020)].
- GARCÍA URETA, Agustín, *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008.
- GAROT, Marie José, «Desde Schengen hasta Ámsterdam, pasando por Maastricht: un espacio de libertad, seguridad y justicia», *Autonomies*, n.º 24, 1999, pp. 279-296.
- GHEZELBASH, Daniel, MORENO LAX, Violeta, KEEIN, Natalie y OPESKIN, Brien, «Securitization of search and rescue at sea: the response to boat migration in the mediterranean and offshore Australia», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, Issue 2, 2018, pp. 315-351.
- GIL IBÁÑEZ, Alberto, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y Europea*, INAP, Madrid, 1998.
  - *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 1999.
- GIRÓN LARRUCEA, José Antonio, *El Sistema Jurídico de la Unión Europea. La reforma realizada por el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GIULIANI, Jean Dominique, «L'Union européenne et la Méditerranée», *Revue du droit de l'Union Européenne*, nº 1, 2011, pp. 5-15.
- GODENAU, Dirk, y LÓPEZ-SALA, Ana, «Disuasión migratoria multinivel en la gestión de la frontera marítima española», *10th Annual IMISCOE Conference*, 26-27 August 2013, Malmö (Sweden) [Disponible en: [http://digital.csic.es/bitstream/10261/88393/1/Malmo\\_Disuasion%20migratoria%20multinivel.pdf](http://digital.csic.es/bitstream/10261/88393/1/Malmo_Disuasion%20migratoria%20multinivel.pdf) (Consultado por última vez el 23/07/2020)].
- GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro, «El nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Documentación Jurídica*, n.º 4, 1974, pp. 1159 a 1205.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, «El Acuerdo España - Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario español de derecho internacional*, n.º 22, 2006, pp. 255-284.

- «Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 43, 2017, pp. 17-57.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El control de la inmigración irregular en España: Compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 111, 2015, pp. 173-193 [Disponible en: [https://www.cidob.org/es/content/download/62764/1952265/version/4/file/173-196\\_JAVIER%20A.%20GONZALEZ%20VEGA.pdf](https://www.cidob.org/es/content/download/62764/1952265/version/4/file/173-196_JAVIER%20A.%20GONZALEZ%20VEGA.pdf) (Consultado por última vez el 23/07/2020)].
- GOODWIN-GILL, Guy S., «The right to seek asylum: Interdiction at sea and the principle of non-refoulement», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, n.º. 3, 2011, pp. 443-457.
- GÖTZ, Volkmar, *Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck und Ruprecht Verlag, Göttingen, 1985.
- GUILD, Elspeth, CARRERA, Sergio, DEN HERTOOG, Leonhard y PARKIN, Joanna, «Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office», *Study for the Directorate General for Internal Policies of the European Parliament, Policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs*, 2011 [Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/libe/dv/02\\_study\\_fundamental\\_rights\\_/02\\_study\\_fundamental\\_rights\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/02_study_fundamental_rights_/02_study_fundamental_rights_en.pdf) (Consultado por última vez el 26/07/2020)].
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «El fraude de ley», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, BERCOVITZ, Rodrigo, DíEZ-PICAZO, Luis M. y CODERCH, Pablo Salvador, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 29 y ss.
- HESCHL, Lisa, *Protecting the rights of refugees beyond European Borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018.
- HOFMANN, Herwig, ROWE, Gerard, y TÜRK, Alexander, *Administrative Law and policy of the European Union*, Oxford University Press, New York, 2011.

- HUERGO LORA, Alejandro, «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 28, 2011, pp. 1-19.
- ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona, «Hacia una gestión integrada de las Fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea», *Migraciones*, n.º 15, 2008 [Disponible en:  
  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2572724&orden=154158&info=link> (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, «La supervisión pública sobre las entidades bancarias», en Manuel REBOLLO PUIG (Coord.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 167-222.
  - «Capítulo XIL: Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, 2017, pp. 2755-2845.
  - «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano», en ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coord.), *La proyección del Derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, pp. 387-418.
- IZQUIERDO SANS, Cristina, «Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen», *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2000, pp. 133-189.
- JANER TORRENS, Joan David, «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, pp. 899-932.
- JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2000.
- JOSSERAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, Comares, Granada, 2012.
- KESBY, Alison, «Shifting and Multiple Border and International Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 27, 2007, pp. 101-119.

- KIRCHNER, Stefan, GELER-NOCH, Katarzyna, y FRESSE, Vanessa, «Coastal State Obligations in the Context of Refugees at sea under the European Convention of Human Rights», *Ocean and Coastal Law Journal*, Vol. 20, nº 1, 2015, pp. 56-82.
- KLUG, Anja, y HOWE, Tim, «The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures», en RYAN, Bernard, y MITSILEGAS, Valsamis (Coords.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2010, pp. 65–99.
- KOUTRAKOS, Panos, SHUIBHNE, Niamh Nic, & SYRPIS, Phil, *Exceptions from EU free movement law. Derogation, Justification and proportionality*, Bloomsbury, Oregon, 2016.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «Artículo 4. Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros», en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thompson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 859-864.
- LENAERTS, Koen, «Regulating the regulatory process: «delegation of powers» in the European Community», *European Law Review*, Vol. 18, Issue 1, 1993, pp. 23-49
- LEONARD, Sara, «The creation of Frontex and the Politics of Institutionalisation in the EU External Borders Policy», *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 5, Issue 3, 2009, pp. 371-388.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º especial 99-100 (Ejemplar dedicado a Homenaje a Demetrio LOPERANA y Ramón MARTÍN MATEO), 2014, pp. 1905-1935.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «El fraude de ley en la Administración», en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1399-1436.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma, «Frontera», en REYES, Román (Dir.), *Diccionario Crítico de las Ciencias Sociales*, Vol. II, Plaza y Valdés, Madrid y México, 2009 [Disponible en: <https://webs.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/F/index.html> (Consultado por última vez el 15/07/2020)].

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987.
- MAGALDI MENDAÑA, Nuria, «Régimen jurídico de la actividad internacional de las universidades públicas», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, RIVERO ORTEGA, Ricardo, y FERNANDO PABLO, Marcos M. (Coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia. Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9 y 10 de febrero de 2018*, INAP, Madrid, 2018, pp. 613-661.
- MAGNANENSI, Simona, PASSAGLIA Paolo ed RISPOLI, Elisabetta, «La condizione giuridica dello straniero extracomunitario. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese», Madrid, 25 - 26 settembre 2008 [Disponible en: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_209\\_Straniero.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_209_Straniero.pdf) (Consultado por última vez el 19/08/2020)].
- MAGRI, Marco, «Obbligo di soccorso in mare, funzionidella Guardia costiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro dell'interno», *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n.º 1, 2019, pp. 149-180.
- MALLIA, Patricia, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security Through the Creation of a Cooperative Framework*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
  - «The MV Salamis and the State of Disembarkation at International Law: The undefinable Goal», *American Society of International Law*, Vol. 18, Issue. 11, 2014 [Disponible en: [https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/11/mv-salamis-and-state-disembarkation-international-law-undefinable-goal#\\_edn22](https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/11/mv-salamis-and-state-disembarkation-international-law-undefinable-goal#_edn22) (Consultado por última vez el 23/07/2020)].
- MANCINI, Marina, «Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia 2017 e la sua attuazione», en RONZITTI, Natalino, y SICSO, Elena, *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Giappichelli, 2018, pp. 191-215.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, «Territorio, integridad territorial y fronteras del Estado de la Unión Europea», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 2, 2015, pp. 221-236.

- MANGAS MARTÍN, Araceli, y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.
- MARINAI, Simone, «The action of Greece and Spain against irregular migration by sea», en DEL VECCHIO, Angela (Ed.), *International law of the sea. Current trends and controversial issues*, Eleven International Publishing, La Haya, 2014, pp. 29-58.
  - «The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, 2016, pp. 901-939.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, et. al., «Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos? Análisis de la Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana», Informe jurídico de 13 de abril de 2015 [Disponible en: <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf> (Consultado por última vez el 22/07/2020)].
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Devoluciones en caliente en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”», 10 de febrero de 2015 [Disponible en: <http://eprints.sim.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>. (Consultado por última vez el 22/07/2020)].
- MATTERA, Piermario, « Justice, liberté, sécurité (la Communication de la Commission européenne sur la migration) », *Revue du droit de l'Union Européenne*, n.º 2, 2011, pp. 243-250.
- MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN del original *Le droit administratif allemand* (1904), T.II, Buenos Aires, Depalma, 1982].
- MCDUGAL, M.S, and BURKE, W.T, *The public order of the oceans*, Yale University Press, New Haven/ London, 1962.

- MERKL, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1980.
  - *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004 (Ed. MORENO PÉREZ, José Luis).
- MILANOVIC, Marko, «Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court», en VAN AAKEN, Anne and MOTOC, Iulia (Eds.) *The ECHR and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2011.
- MITSILEGAS, Valsamis, «Extraterritorial Immigration Control in the 21st century: The individual and the State Transformed», en RYAN, Bernard, y MITSILEGAS, Valsamis (Eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 38-64.
- MOEN, Amy E., «For those in peril on the sea: Search and Rescue under the Law of the Sea Convention», *Ocean Yearbook*, Vol. 24, Issue 1, 2010, pp. 377-410.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, (Dir.) et al., *Compendio de Derecho penal* (parte especial), Vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, «Estudio Preliminar. Teoría del abuso de derecho: El abuso de los derechos fundamentales», en JOSSE RAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, Comares, Granada, 2012.
- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J., «Sistema normativo de la Unión Europea (naturaleza de las fuentes)», en BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CELADOR ANGÓN, Óscar, y VACAS FERNÁNDEZ, Félix (Coords.), *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 1, Dykinson S.L, Madrid, 2011, pp. 121-130.
- MORENO LAX, Violeta, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, Issue 2, 2011, pp. 174-220.
  - *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
  - «The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction' /Rescue- Without Protection'



Paradigm», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 56, Issue 1, 2017, pp. 119-140.

- MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- MORGADES GIL, Silvia, «El sistema Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia TEDH de 4 de noviembre de 2014 (Gran Sala), Tarhkel c. Suiza, 29217/12», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51, 2015, pp. 749-768.
- MOYA HURTADO DE MENDOZA, Francisco, «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. Principio constitucional de imperio de la ley», *Revista de Derecho Político*, n.º 99, mayo-agosto 2017, pp. 399-431.
- MUNGIANU, Roberta, *Frontex and non-refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «Abuso de derecho y ponderación de derechos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41, 2018, pp. 35-48.
- NASCIMBENE, Bruno e DI PASCALE, Alessia, «L' Unione Europea di fronte all'afflusso eccezionale di persone proveniente del Nord Africa. Una colpevole assenza?», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.º 1, 2011, pp. 17-29.
- NEAL, Andrew W., «Securitization and risk in the EU borders: The origins of Frontex », *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47, Issue 2, pp. 333-356.
- NERI, Kiara, «The applicability of the European Convention of Human Rights to State enforcement and control at sea», en ANDREONE, Gemma (Ed.), *Jurisdiction and control at sea. Some environmental and security issues*, Giannini Editore, 2014, pp. 153-168 [Disponible en:  
  
<http://www.assidmer.net/doc/JURISDICTION-AND-CONTROL-AT-SEA-2014-EBOOK.pdf> (Consultado por última vez el 23/07/2020)].
- NEVILLE, Darren, «La gestión de las fronteras exteriores», Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2/2015 [Disponible en:  
  
[http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.1\\_2.4.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.1_2.4.html) (Consultado por última vez el 16/07/2020)].

- O' BRIEN, Killian S., «Refugees on the high seas: international refugee law solutions to a law of the sea problem», *Goettingen Journal of International Law* Vol. 3, Issue ° 2, 2011, pp. 715-732.
- ORTEGA BERNARDO, Julia, «Elementos de la unión administrativa europea en materia de protección del medio ambiente: la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Red Europea de Información Ambiental», en VELASCO CABALLERO, Francisco, y SCHNEIDER, Jens-Peter (Coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 193-218.
- PALLIS, Mark, «Obligations of States towards asylum seeker at sea: interdictions and conflicts between legal regimes», *International Journal of Refugee Law*, n.º 14, 2002, pp. 329-364.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa*, OPEN, Madrid, 2014.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PASSAGLIA, Paolo, «Il trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti», *Il Foro Italiano*, Vol. 131, n.º 1, 2008, pp. 40-44.
  - «La disciplina dell'immigrazione irregolare», 2009 [Disponibile en: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_La\\_disciplina\\_immigrazione\\_irregolare\\_12012010.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_La_disciplina_immigrazione_irregolare_12012010.pdf) (Consultado por última vez el 18/08/2020)].
  - «Il principio del *ne bis in idem*», Corte Costituzionale, Servizio Studi (Area di diritto comparato), 2016 [Disponibile en: [https://www.cortecostituzionale.info/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_nebis2016.pdf](https://www.cortecostituzionale.info/documenti/convegni_seminari/CC_SS_nebis2016.pdf) (Consultado por última vez el 18/08/2020)].
  - «Ingresso, accoglienza e allontanamento dello straniero», Corte Costituzionale, Servizio Studi (Area di diritto comparato), maggio 2019 [Disponibile en: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Comp\\_253\\_Straniero.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Comp_253_Straniero.pdf) (Consultado por última vez el 19/08/2020)].

- PASSAGLIA, Paolo y ROSSI, Emanuele, « Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 14-1998, 1999, pp. 253-272.
- PEERS, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
  - *New Rules on maritime surveillance: will they stop the deaths and push-backs in the Mediterranean?*, *Statewatch Analysis*, 2014 [Disponible en: <https://free-group.eu/2014/02/27/steve-peersnew-eu-rules-on-maritime-surveillance-will-they-stop-the-deaths-and-push-backs-in-the-mediterranean/> (Consultado por última vez el 26/07/2020)].
  - «The Reform of Frontex: Saving Schengen at Refugees' Expense? » *EU Law Analysis* [blog], 16-12-2015 [Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/12/the-reform-of-frontex-saving-schengen.html> (Consultado por última vez el 16/07/2020)].
- PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, «Artículo 18. Derecho de asilo», en MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 356-377.
- PI LLORENS, Montserrat, «El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, pp. 77-117.
- PORCHEROT, Ernest, *De l'abus du droit*, L. Venot, Dijon, 1901.
- POULANTZAS, Nicos, *Estado, poder y socialismo*, CLAUDÍN, Fernando (Trad.), Siglo XXI editores, Madrid, 1979.
- PROELSS, Alexander, «Rescue at Sea revisited: What obligations exist towards refugees? », *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook*, 2008, pp. 1-39.
- PUGH, Michael, «Europe's Boat People: Maritime cooperation in the Mediterranean», *Chaillot Paper*, n.º 41, Julio 2000 [Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/chai41e.pdf> (Consultado por última vez el 23/07/2020)].

- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo Preliminar*, Bosch, Barcelona, 1989.
- QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las fronteras marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 41, enero/abril 2012, pp. 57-118.
- RANELLETTI, Oreste, *La polizia di sicurezza*, en *Primo Trattato compl. Di Diritto amministrativo italiano, Vol. IV*, Società Editrice Libreria, Milán, 1904.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «Juridicidad, Legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991, pp. 7-174.
  - «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», en FRANCISCO SOSA WAGNER (Coord.), *El derecho administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1365-1398.
  - «Lección XII: La actividad de limitación», en CANO CAMPOS, Tomás, (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo III, La actividad de las Administraciones Públicas, Vol. II: El contenido*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 13-51.
  - «La actividad inspectora», en Díez SÁNCHEZ, J.J (Coord.), *Función Inspectora*, INAP, 2013, pp. 55-116.
  - «El concepto de sanción administrativa», en GARCÍA PACHÓN, Mª del Pilar, y AMAYA NAVAS, Oscar Darío, (Compiladores), *Derecho Sancionador Ambiental*, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 105-142.
  - «Lección 5: El principio de legalidad administrativa», en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J., (Dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo I Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 131-161.
  - «Lección 2: La actividad administrativa», en REBOLLO PUIG, Manuel, (Coord.), *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 57-79.

- «Lección 1: La actividad administrativa de limitación», en LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, (Coords.), *Derecho Administrativo. Tomo III Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 19-45.
- «Autonomía Local y autotutela. Un equilibrio inestable», *Documentación Administrativa*, n.º 6, enero-diciembre de 2019 [Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10764/11680>. (Consultado por última vez el 26/07/2020)].
- REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Manual de la inspección de consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1998.
  - «Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación», en LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, (Coords.), *Derecho Administrativo. Tomo III Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 47-92.
- REMACHA, José Ramón, «Las fronteras de la Unión Europea (El papel de las fronteras en el ordenamiento jurídico comunitario)», *Anuario de Derecho Europeo*, n.º 1, 2001, pp. 107-116.
- RIJPM, Jorrit, «EU border management after the Lisbon Treaty», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 5, Issue 1, 2009, pp. 121-149. [Disponible en: <https://hrcak.srce.hr/66023> (Consultado por última vez el 16/07/2020)].
  - «Hybrid Agencification in the Area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: The Case of Frontex », en BUSUIOC, Elena Madalina, et al. (Eds.), *The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, Institutionalisation and Everyday Decision-Making*, Manchester University Press, Manchester, 2012, pp. 84-102.
  - «The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?», *Study of the LIBE Committee*, 2016, p. 14 [Disponible en:

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=I\\_POL\\_STU%282016%29556934](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=I_POL_STU%282016%29556934) (Consultado por última vez el 17/07/2020)].

- «Frontex and the European system of border guards: the future of border European border management», en FLETCHER, Maria, HERLIN-KARNELL, Ester, y MATERA, Claudio (Eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, London, 2017, pp. 217-246.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- ROJO ESTEBAN, Juan Fernando, «La Guardia Civil y el control de la inmigración ilegal hacia Canarias», *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 38, 2008, pp. 37-65.
- ROMANOTTO, Sergio, e BONETTI, Paolo, «Respingimenti», *Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione*, 14 de septiembre de 2009 [Disponible en: <https://file.asgi.it/scheda.pratica.respingimenti.romanotto.bonetti.agg.14.settembre.2009.pdf> (Consultado por última vez el 26/07/2020)].
- ROSENFELDT, Herbert, «Establishing the European Border and Coast Guard: all-new or Frontex reloaded?», Sunday 16 October 2016 [blog] [Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/10/establishing-european-border-and-coast.html> (Consultado por última vez el 26/07/2020)].
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1961.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, *Abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983.
- RUDOLPH, Christopher, «Sovereignty and Territorial Borders in a global age», *International Studies Review*, n.º 7, 2005, pp. 1-20.
- RUFFERT, Matthias, «De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea», en VELASCO CABALLERO, Francisco, y SCHNEIDER, Jens-Peter (Coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 87-108.
- RYAN, Bernard, «Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?», en RYAN, Bernard y MITSILEGAS, Valsamis (Ed.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, pp. 1-37.

- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, «¿Héroes o villanos? las ONG's de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (a propósito del caso *Open Arms*)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, pp. 9-60.
- SANTAMARÍA ARINAS, René, y BOLAÑO PIÑEIRO, M<sup>a</sup> Carmen, «Artículo 3. Prohibición de la tortura», en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thompson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 54-95.
- SANTOS VARA, Juan, «Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosir)», *Ars Iuris Salmanticensis (AIS) Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, n.º 1, 2014, pp. 289-290.
  - «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 59, 2018, pp. 143-186.
- SANTOS VARA, Juan, y SÁNCHEZ TABERNERO, Soledad, «In deep Water: Towards a greater commitment for human rights in sea operations coordinated by Frontex?», *European Journal of Migration and Law*, n.º 18, 2016, pp. 65-88.
- SASSEN, Saskia, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, New York, 1996.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- SCHEININ, Martin, «Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights», en COOMANS, Fons and Kamminga, Menno T. (Eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2004, pp. 73-81.
- SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, (trad. DÍAZ GARCÍA, José), Aguilar, Madrid, 1971.
- SCHOENBORN, Walther, *Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1906.

- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 2004.
- SIOTA ÁLVAREZ, Mónica, «Analogía y fraude a la Ley Tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 139, 2008, pp. 517-560.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel, «La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 27, 2007, pp. 417-462.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel, y OANTA, Gabriela Alexandra, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, n.º 14, 2010, pp. 759-788.
- SOLER GARCÍA, Carolina, «La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 34, 2017 [Disponible en:  
  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6258201.pdf> (Consultado por última vez el 16/07/2020)].
- TREVISANUT, Seline, «The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of Asylum Protection», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 12, 2008, pp. 205-246.
  - *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
  - «Which borders for the EU Immigration Policy? Protection for EU joint borders management», en AZOULAI, Loïc, y DE VRIES, Karin, *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationalities*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 69-106.
  - «Shared responsibility aspects in Search and Rescue Operations at Sea», *Shares Research Project on Shared Responsibility in International Law/ Research Paper Series*, n.º 102, 2016, pp. 426-450.
- VALERO, Jorge, «Eurosir, un paso europeo para el gran desafío migratorio», *Escritura pública*, n.º 87, 2014 [Disponible en:  
  
[http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DLFE-124320.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-124320.pdf) (Consultado por última vez el 26/07/2020)].



- VASSALLO PALEOLOGO, Fulvio, «Dopo i migranti Maroni respinge lo stato di diritto. Le operazioni di ‘respingimento’ collettivo di migranti. Un ‘risultato storico’ per il ministro Maroni che cancella lo stato di diritto, contro la Costituzione italiana, le norme comunitarie ed il diritto internazionale», *Associazione Diritti e Frontiere, Progetto Melting Pot Europa*, 14 de septiembre de 2009 [Disponible en: <https://www.meltingpot.org/Dopo-i-migranti-Maroni-respinge-lo-stato-di-diritto.html#.W4e73s4zbIU> (Consultado por última vez el 23/07/2020)].
  - «Un mare di abusi, il consenso contro le leggi, prima la salvaguardia della persona. Un approfondimento sulla vicenda della nave Diciotti», *Associazione Diritti e Frontiere, Progetto Melting Pot Europa*, 23 agosto 2018 [Disponible en: [https://www.meltingpot.org/Un-mare-di-abusi-il-consenso-contro-le-leggi-prima-la.html#.W\\_Lj2dVKjIU](https://www.meltingpot.org/Un-mare-di-abusi-il-consenso-contro-le-leggi-prima-la.html#.W_Lj2dVKjIU) (Consultado por última vez el 26/07/2020)].
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998.
  - «Organización y procedimientos de la Unión administrativa europea en materia de fronteras, asilo e inmigración», en VELASCO CABALLERO, Francisco, y SCHNEIDER, Jens- Peter (coord.), *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 241-264.
- VÉLEZ ALCAIDE, Francisco Javier, *La inmigración irregular por vía marítima hacia Europa del sur. La respuesta de los Estados*, Tesis doctoral, (UNED), 2015 [Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Fjvelez/VELEZ\\_ALCALDE\\_Francisco\\_J\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IUGM-Fjvelez/VELEZ_ALCALDE_Francisco_J_Tesis.pdf) (Consultado por última vez el 15/07/2020)].
- VILARIÑO PINTOS, Eduardo, «La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, n.º 1, 1994, pp. 61-84.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Universidad Complutense, Madrid, 1972.
- WOLFF, Hans Julius, *Verwaltungsrecht III*, Beck, Munich, 1973.